

عبد العزيز الخن

مجاز في الحقوق

دبلوم في الحقوق العامة

=====

٤٤٣
٤٠٠
٤٤٣

النظريات والوقائع
للدستورية القوانين
في الحقوق المقارنة

٧٦٥٠٨١

رسالة حقوقية وضعت بأشراف
الدكتور فؤاد شهاط

٠١



سمحت كلية الحقوق في الجامعة السورية بطبعها بتاريخ ١٩٥٤/٣/٤٧

فروع الحقوق العامة

١٩٥٤ - ١٩٥٣

٧٢

ان الاطلاع على نماذج كثيرة في حل مشكلة دستورية القوانين يبين لنا مدى النجاح او الفشل في تطبيق النظريات ومدى قيمة هذه النظريات تحت محك الواقع .
على أننا لن نستطيع بحث دستورية القوانين لكل بلاد العالم بنفس الأسلوب فـسي التوسع - في هذه الرسالة الصغيرة - ولكن هناك بلدان قد ساهما بأوفر قسط في تكوين هذا البحث وكانا صورتين تجسمان بمنكبيهما أطراف هذا البحث وهما : امريكا وشي مهـمـة دستورية القوانين وتمثل الصورة العملية بهذا الصدد . وفرنسا وتمثل الصورة النظرية لهذا البحث .

وسندرس أيضا ونفس التوسع . الأسلوب المصري في معالجته دستورية القوانين باعتباره امتدادا للأسلوب الأمريكي . وكذلك الأسلوب السوري باعتباره يقترب لحد ما من الأسلوب الفرنسي من جهة ومن جهة أخرى معالجة لقضية هامة في بلادنا العزيزة .
وقد توخيت في بحثي ان أن أتم بما يجرى من الوقائع والنظريات ورأى الفقه والقضاء في بلاد اربع : امريكا وفرنسا ومصر وسوريا بصورة موسعة . ولكن دون أن اغفل تكبير ما يجرى في البلاد الأخرى كاندكترا والسراق وسويسرا ورومانيا وتشيكوسلوفاكيا والنمسا ولكن بصورة موجزة .

وقد جعلت هذه الرسالة في بابين الأول وعمونظري بحث والآخـر واقعي عملي وعملي نسق اقدمه وهو باكورة انتاجي العلمي والعملية . ولا أزعج في هذه الدراسة اني بلغت التمام أو صعدت درجة الكمال . وكل رجائي ان أكون قد وفقت الى ما أصبوا اليه من موافقة استاذي الدكتور فؤاد شباط على هذه الرسالة والله ولي التوفيق . / ٠

الطالب
عبد العزيز الخـمـسـن

١٩٥٤ / ١ / ٣١

- المصنفون -

- ١- الحقوق الدستورية تأليف الدكتور فؤاد شباط
- ٢- الحقوق الأساسية تأليف الدكتور عثمان سلطان
- ٣- اصول الحقوق الدستورية تأليف البروفسور (ايسمن) ترجمة عادل زعيتر
- ٤- مبادئ القانون الدستوري تأليف الدكتور السيد صبرى
- ٥- المبادئ الدستورية العامة تأليف الدكتور عثمان خليل عثمان
- ٦- القضاء الاتحادي في الولايات تأليف كاترين سكلر عدسن المتحدة
- ٧- مبادئ القانون الدستوري تأليف مصطفى صادق وايت ابراهيم المصرى
- ٨- النظام الدستوري المصرى تأليف الدكتور عثمان خليل
- ٩- مجموعة رسائل في الأنظمة الدستورية تأليف عبد السلام ذهني وايت ابراهيم
- ١٠- القانون الدستوري تأليف رشيد رأفت وايت ابراهيم
- ١١- اصول القانون تأليف عبد الزاق السنهورى وحشمت ابوستيف
- ١٢- الحقوق الدستورية تأليف الدكتور منير العجلاني
- ١٣- الحقوق الدستورية تأليف مصطفى البارودى

((دستور القوانيين))

الباب الأول: البحث النظري

الفصل الأول

تعريف القانون العام :

تعد القوانيين من أهم مصادر علم الحقوق . والقانون هو في الأصل :
((قاعدة حقوقية عامة ومجردة ودائمة . صادرة عن السلطة المختصة لتطبيق الزامياً في
البيئات)) وهو بذلك يشمل عدداً غير محدود ولا معين من الأشخاص او
الأعمال ، ومن الفوائض وتطبق عليهم حكماً دون أن تحدد بالزمان .
ان ما قصد بالقانون هنا يشمل كل أنواع القوانيين ، ويميزون بين ثلاثة من
القوانيين عادة وربما أرحة بالنسبة لفرنسا .

وسنذكر هذه الأنواع من القوانيين المتفاوتة في القوة والمرتبطة فيما بينها بروابط -
الاقضية والتسلسل الرتبوي بحيث تخضع كل درجة للدرجة التي فوقها . فتعتبر
القوانيين الدستورية فوق القوانيين العادية . وقوق المصاحدات الدولية ، كما تعتبر
القوانيين العادية فوق الأنظمة التفسيرية وما يصدر عن الحكومة من مراسيم تفسيراً وتنظيماً
وتكملة للقوانيين وعليه فيجب ان تكون القوانيين العادية التي تصدرها السلطة التشريعية
غير مخالفة للدستور ومبادئه ، كما يجب أن تكون المراسيم التنظيمية والتفسيرية والتكميلية
متفقة مع القوانيين العادية وغير مخالفة لها . وبناك هذه الأنواع من القوانيين .

تصنيف القانون وأنواعه :

١ - بيان حقوق الأئسان والمواطن :

ويأتي في رأس القوانيين لا العادية فقط بل والدستورية ايضاً وذلك لأن هذا البيان حين
اعلن ابان الثورة الفرنسية لم يقصد منه فقط تقييد السلطات التشريعية والتنفيذية
والقضائية بل قيد ايضاً السلطات الدستورية باعتبار أن ما حواه من الحقوق لا يجوز لسلطة
بشرية . وان تلك الدستورية أن تمسه فهو لا يقبل التحويل ولا التبدل .

وقد تنوقش كثيراً في فرنسا عما اذا كان هذا البيان ما يزال حتى الآن مقيداً للسلطة
الدستورية ويمكن أن نشبه بهذا البيان المصادر عن الثورة الفرنسية . بيان حقوق الأئسان -

الصادر عن الثورة الأميركية . وكذلك شرعة حقوق الإنسان الموافق عليها من هيئة الأمم المتحدة في عام ١٩٤٨ بالنسبة لجميع البلاد التي اشتركت فيها أو وافقت عليها بما في ذلك سوريا .

٢- الدساتير أو القوانين الدستورية :

القوانين الدستورية . أي الدساتير التي تضعها سلطات تأسيسية ((لا تختلف في الحقيقة كثيرا عن المجالس التشريعية العادية الا من حيث تسميتها ومهمتها وربما قليلا من حيث تشكيلها)) .

وفي القوانين العليا او المواثيق الأساسية للدولة ، فالدستور ينظم وضع الدولة وقواعدها ويحدد دائرة عمل كل سلطة من سلطات الدولة من تشريعية وتنفيذية وقضائية كما يبين الحقوق الأساسية للأفراد والجماعات والمبادئ التنظيمية للعائلة الملكية والحريات الخ . . . التي يجب على المشرع ان يحترمها ولا يتجاهلها وأن يعمل على تفصيلها وتوسيعها وتنظيمها .

ان الدستور في الواقع هو الذي يهيمن على حقوق الدولة من عليائها وهو أساس التشريع ولذا جعلوه دوما في ظليحة القوانين والمصادر الحقوقية وفي كثير من البلدان يمتاز الدستور في أنه من عمل الشعب مباشرة بطريق الاستفتاء (الرفرندم) كما حدث في سويسرا وفرنسا خلافا لانجلترا وأيطاليا . وان السلطة والمجالس التي تضعه تتمتع بصلاحيات اوسع من صلاحيات السلطات التشريعية وربما اشترط فيها اكثرية مهيمنة . اقرارا بما للدستور من اهمية واثر في حياة الأمة - وسنشرح فيما بعد بتوسع هذا البحث -

٢- القوانين العادية :

وفي الأعمال التشريعية التي تصدرها السلطات التشريعية المختصة ضمن نطاق الدستور وأحكامه لتنظم علاقات الحياة في الدولة بشكل قواعد حقوقية عامة ومجردة ودائمة - كما ذكرنا - وقد تجمع القوانين فتشكل مجموعة (CODE) كمثل المجموعة المدنية التي تتألف من قوانين الأحوال الشخصية والملكية والأموال والتزامات الخ . . . او المجموعة التجارية التي تتألف من قوانين الشركات التجارية والسندات التجارية وقانون الأفلان الخ والقوانين اما أن تكون أمره او مفسره . فالأمره IMPERATIVES هي التي تكون احكامها الزامية ومن النظام العام بحيث لا يجوز لأحد من الناس او من الطرفين الاتفاق على خلافها . . . / . . .

كقوانين الأصول المتعلقة بترتيب القضاء وتنظيمه أو قانون الجنسية أو النصوص التي تتضمن امرا أو نهيا صريحا أو يحتلص ذلك منها والقوانين المفسرة INTERPRETATIVES وهي القوانين أو الأحكام القانونية التي توضح الحلول لبعض الوقائع والأعمال لاعلى سبيل الأتزام والأمر وانما على سبيل التفسير والأيضاح في حال الغموض بما لا يمنع الطرفين من الأتفاق على خلافها .

والقوانين اما أن تكون اساسية او شكلية . فالاساسية NORMATIVES هي التي تبحث في الأحكام العملية . أي في الحلول الأساسية للموضوع المختلف فيه كالقانون المدني .

اما القوانين الشكلية CONSTRUCTIVES فهي التي تنظم الطرق الواجب اتباعها للوصول الى تطبيق أحكام الأساس والقوانين الأساسية والقوانين الشكلية هي قوانين الأصول والمحاكمات والمرافعات وأحكام البيئات وما جرى مجراها .

والقوانين اما أن تكون وطنية او أجنبية . فالوطنية NOTIONALS هي قوانين الدولة وهي في الأصل وحدها واجبة التطبيق على جميع الخلافات التي تقع فوق أرض الدولة . اما القوانين الأجنبية INTERNATIONALS وهي قوانين الدول الأجنبية نائبة في الأصل لا يجوز تطبيقها الا استثناء .

وفي كل الأحوال فإن البعض يضيف الى هذه القوانين على اختلافها ((الأنظمة)) اي (كالمراسيم التفسيرية) التي تصدرها الدولة أو الحكومة في تفسير القانون أو بيان طريقة تطبيقه .

وخصوصا عندما يكون المشرع نفسه قد ترك للسلطة التنفيذية اصدار المراسيم التفسيرية والتنظيمية . مثال ذلك المراسيم الصادرة في تفسير قانون العمل استنادا الى نص المادة (٢٣٤) منه . او التعليمات الصادرة عن وزارة الداخلية في تفسير قانون الانتخاب .

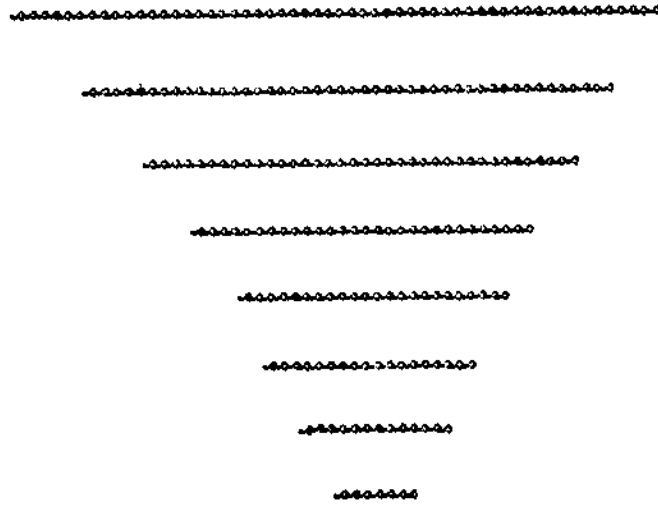
٤- المعاهدات والاتفاقات الدولية .

واخيرا وانا نحن عدلنا هذه المصادر التشريعية فلنذكر بصراحة المعاهدات والاتفاقات الدولية التي يجب أن تأتي من حيث المرتبة والمكانة بعد القوانين الدستورية وتقبل القوانين العادية مادامت قد صدقت حسب الأصول وان تلي قليلة التطبيق عمليا .

معدودة قضائيا .

عنده هي المظاهر المختلفة للقانون وأنواعه كمصدر اعلى من مصادر الحقوق الوضعية،
وتلاحظنا هنا نقطة هامة جدا وهي رتبة كل واحد من هذه القوانين من حيث أهميتها وقوتها،
العملية الإلزامية .

وانا خالفت دنياها اولها، وبعبارة اخرى اذا كانت القوانين الدستورية هي اعلى -
وأرفع المصادر القانونية من حيث الترتيب والاعتبار . فما عسى يكون القول اذا خالفت
المشروع في قوانينه العادية احكام الدستور المكتوب ولا سيما في البلاد ذات الدساتير
المكتوبة الصلبة التي لا يجوز تعديلها الا بشكل خاص لا بقانون وهذا هو بحث دستورية
القوانين الذي نحاول ان نشرحه بشيء من التفصيل .



الفصل الثاني

تعريف الدستور وتحد يده : لما كان الدستور هو أهم وأرفع المصادر القانونية من حيث الترتيب والاعتبار ولما كان هو المحور الذي يدور حوله بحثنا لذا سنتوسع في دراسته .

وتشير كلمة (دستور) في اللغتين معنيين أحدهما مادي أو موضوعي MATRIEL والثاني رسمي أو شكلي FORMEL والمقصود بالمعنى الأول الموضوعات التي تعتبر موضوعات دستورية أي التي تكون في مجموعها مادة الدستور ، وبذلك يكون الدستور بهذا المعنى هو مجموعة المبادئ الأساسية المنظمة لسلطات الدولة والمبينة لحقوق كل مواطن الحكام أو المعكومين فيها والواضحة للأصول الرئيسية التي تنظم العلاقات بين مختلف سلطاتها العاصدة .

أما من الناحية الرسمية أو من حيث الشكل فيقصد بالدستور تلك القواعد الأساسية المنظمة للدولة والتي صدرت في شكل دستور من السلطة المختصة بوضع الدستور وهذا هو المعنى الثاني لكلمة الدستور .

والمفروض أن يتطابق هذان المعنيان كل منهما والآخر ولكن هذا التطابق غير متحقق على نحو مطلق فكثيرا ما نجد من ناحية بعض الموضوعات الداخلة في الدستور بمعناه المادي غير منصوص عليها رقم ذلك في الدستور الذي تصدره أي أن هذه الموضوعات الدستورية لم تخلع عليها حلة الدستور الشكلية ومثال ذلك القواعد الانتخابية التي يصدر بها عادة قانون عادي . وكذلك الحريات السامة التي لم ينص عليها دستور فرنسا الصادر عام ١٨٢٥ مع أنها من صميم الموضوعات الدستورية ، فمثل هذه القواعد تعتبر دستورية من حيث الموضوع ولكنها غير متدثرة بالشكل الدستوري الرسمي .

هذا من ناحية ومن ناحية ثانية كثيرا ما نجد الدستور الذي أصدرته الدولة وفقا للأوضاع الشكلية المقررة وقد تضمن أحكاما ليست من حيث جوهرها وموضوعها من المواد الدستورية ، ليست دستورية بالمعنى المادي فكثيرا ما تتضمن دساتير الدول مثلا مسائل اقتصادية أو جنائية عادية أي من موضوعات القوانين العادية ١٧ لقانون الدستوري . ومثال ذلك المادة (٥) من دستور فرنسا الصادر عام ١٨٤٨ تلك المادة التي ألت عقوبة الأعدام في الجرائم السياسية . فهذا الحكم كان دستوريا من الناحية الشكلية الرسمية فقط ولكنه من حيث الموضوعية

حكم جنائي دستوري . ولهذا النوع من المواد حكم خاص في حالة انقياد الدستور
بالثورة .

ويلاحظ ميل المشرعين خصوصاً في أمريكا الى تطعيم الدساتير بمثل هذه الأحكام الخيرية
عنها من حيث مادتها وعلّة ذلك مزدوجة في الواقع فقد أريد بذلك أولاً تمتع هذه
الأحكام بما تمتاز به الدساتير عن ثبات واستقرار على القوانين العادية فتخرج هذه
الأحكام بذلك عن تناول يد الأغلبية البرلمانية المتقلبة وتزعمها كما أريد ثانياً
الارتفاع بهذه الأحكام عن تناول يد القاضي اذا كان لهذا القاضي حق بحث دستورية
القوانين العادية والأمتناع عن تطبيقها بسبب مخالفتها للدستور . فهذا الأوامر تخرج
القواعد المدججة في الدستور عن النحو السابق عن سلطة القاضي هذه لأنها ليست قانوناً
بل دستوراً .

تسمية الدستور :

لقد شاعت تسمية هذا القانون باسم الدستور . وقد كان قبل ذلك الشائع استعمال لفظ
(القانون النظامي) أو (القانون الأساسي) وقد استعمل هذا اللفظ الأخير الدستور -
العراقي وأفرق لهذه التسمية مادة خاصة في المادة الأولى التي تقول : (يسمى بهذا
القانون القانون الأساسي العراقي وأحكامه نافذة في جميع أنحاء المملكة العراقية)
ولم يضع الدستور السوري مادة خاصة بهذه التسمية (دستور عام ١٩٣٠ و ١٩٥٠ و ١٩٥٣)
فأحسن صنفاً بذلك لوجوب ترك هذه المسائل الفقهية لفقهاء دون أن يفرد لها الدستور
مادة خاصة .

على أنه قد لوحظ أن عبارة (القانون الأساسي) أصح لغة من كلمة (دستور) وأبعد
عن المعجمي . ولكننا نفضّل كلمة (دستور) لأنها أقوى إيجازاً ودلالاتها مع شيوعها
في لغة الضاد - فقد ضمنها الصرف - شيئاً من معنى القدسية يمتاز به الدستور على
سائر القوانين العادية وأصبح لفظ (دستور) يشعر بأنه من طبيعة أخرى تخالف طبيعة
هذه القوانين وتسمو عليها . ففي استعمال لفظه دستور عزناً - الى جانب بساطتها
اشجاراً أقوى بحرمته المسمى . وأشار الى صريح الى سموه وقد سيّته .

والدستور على هذا النحو وباعتباره مجموعة القواعد الأساسية المنظمة للدولة لا يمكن
أن تخلو منه أية دولة منظمة ولا عبرة في وجوده بكونه مسطوراً أو غير مسطور .

على ان البعض مثل TACQUEVILLE قد فهم الدستور على أنه هو الدستور المسطور فقط عندما زعم ان انكلترا لا دستور لها . والحقيقة ان لها دستورا ولكنه في معظمه دستور عرفي غير مسطور .

نشأة الدساتير :

إذا استعرضنا الطرق التي نشأت بها الدساتير المختلفة في مختلف العصور التاريخية وجدناها تنحصر في ثلاث طرق :

١- الطريقة الأولى : ان ينشأ الدستور بطريق المنحة OCTROI من الملك الى شعبه كالدستور الفرنسي لعام ١٨١٤ الذي منحه لويس الثامن عشر للأمة الفرنسية عقب سقوط نابليون ومثله الدستور الروسي الصادر عام ١٩٠٦ . وكذلك الدستور الياباني الصادر عام ١٨٨٩ .

والأصل في هذه الدساتير ان كل الحقوق مركزة في شخص الملك . ولكنه تنازل عن بعضها للأمة التي تمارسها بواسطة هيئات معينة وينتج من ذلك ان كل الحقوق والامتيازات التي لم ينص الدستور على التنازل عنها تظل من اختصاص الملك .

٢- الطريقة الثانية : ان يكون الدستور صادرا من جمعية وطنية CONSTITUANTE منتخبة من الشعب كما هو الحال في الدستور البلجيكي لعام ١٨٣١ والدستور الفرنسي لعام ١٨٧٥ و١٩٤٦ ودستور الولايات المتحدة لعام ١٧٨٧ والدستور الألماني لعام ١٩١٩ واغلب الدساتير الصادرة بعد الحرب .

وفي كل هذه الدساتير تعتبر الأمة مصدر جميع السلطات والحقوق . فإذا كان الدستور في ملكية دستورية . فكل ما لم يمنحه الدستور للملك ينص صريح يظل من حقوق ممثلي الأمة . أي البرلمان .

٣- الطريقة الثالثة : وهي وسط ^{بين} الطريقتين السالفتين وبمقتضاها يكون الدستور نتيجة تساقط PACTE بين الملك وشعبه ، كما حصل فعلا في السهود السابقة في انكلترا عند صدور (العهد الكبير ووثيقة الحقوق . وقانون توارث العرش . الصادر عام ١٢١٥ - و١٦٨٠ و١٧٠١)

انواع الدساتير :

١- الدساتير المكتوبة والدساتير العرفية :

C. EC RITE فالدستور اما أن يكون مسطورا او عرفيا فالدستور المكتوب

هو مادونت نصوصه وفواعده وأخذ شكلا مسطورا في قانون واحد صادر في تاريخ

C. COU TVMIERES معين او في بضعة قوانين معلومة اما الدساتير العرفية

فمتروكة للعرف والعادة بدون كتابة ولا حصر .

والى اواخر القرن الثامن عشر كانت جميع الدساتير تقريبا عرفية . ولا زال الدستور

الانكليزي في معظم نصوصه غير مدون بل منشأه العادات والسوابق المتكررة . ذلك

ان الانكليزي فهم الفواالتقاليد الموروثة ، وهم يحتفدون أنهم بحرصهم على العادات -

القديمة وتمسكهم بها يستمرون في نجاحهم وينجح لهم بهذه الطريقة تعديل

العادات المرعية كلما دعت الحاجة الى ذلك من دون أن يعثورهم ما يعيق سيرهم

ونهموضهم . ويعكسهم الشعب الفرنسي الذي فطر على حب الصراحة والوضوح وعرف

بميله الى التتبع والتدقيق في علم الحقوق . ونجاحه الحقوق الرومانية حتى اصبح

يحتقد ان افراغ العادات والتقاليد المرعية لديه يقابل منصوص هو من الضرورات

لنجاحه وارتقائه .

وقد كان من أهم المبادئ التي نادى بها فقهاء اواخر القرن الثامن عشر

الذين كانوا يرون وجوب كتابة الدساتير لأسباب ثلاثة هي :

(١) ان القانون المكتوب يفضل العادة بلا شك ولذلك يجب أن تكون القواعد الدستورية

مكتوبة نظرا لأهميتها الجوهرية .

(٢) كان رجال ذلك العهد يرون أن الدستور الجديد الذي يوضع بأرادة الأمة انما هو

تجديد للعقد الاجتماعي^{بنفس} CONTRAT. SOCI ولذلك يجب ان يوضع كتابه ليكون مقدسا .

(٣) ان وضع الدستور على هذا النسق المكتوب الواضح هو أحسن الوسائل لرفع

مستوى المواطنين الأدبي ومساعدتهم على معرفة حقوقهم .

وللدساتير المكتوبة ميزة كبرى هي الوضوح والثبات . ففي استطاعة كل انسان ان يطلع

الى نصوصها فيسهل على المحكومين التمسك بها قبل الحكام وعلى كل سلطة ان تعرف

مدى حقوقها واختصاصاتها ازاء السلطات الأخرى . فتدوين الدستور يساعد على احترام قواعد وتوطيد أركانه . ومع ذلك فقد ظهر للدساتير المكتوبة خصوم نذكر منهم على الخصوص الفيلسوف الفرنسي (بوناك) الذي تهكم على معاصريه الذين يكفون في تشييد نظام الحكم في الدولة على أساس بضعة نصوص مدونة لا صلة لها بالماضي . فخير الدساتير في نظره هو ما كان وليد الزمن والأجيال . وفي الواقع فأن الفارق بين الدول ذات الدساتير العرفية - غير المسطورة - والدول ذات الدساتير المسطورة . أقل مما قد يتصور لأول وهلة . فأنكترا دستورها في مجموعة غير مكتوب . ومع ذلك ثمة بعض النواعد الأساسية الأنكليزية مدون (كالعهد الكبير) MAGNACARTA لعام ١٢١٥ (وعريضة الحقوق) THEBILL.OF.RIGHTS لعام ١٦٨٨ . (وقانون توارث العرش) ACT.OF.SETTLEMENT لعام ١٨١١ وقانون ١٨١١ الذي ينظم علاقة البرلمان (السموم واللوردات) ببعضها ويحدد من سلطة واختصاصات مجلس اللوردات .

ومنذ أواخر القرن الثامن عشر بدأت الدساتير المكتوبة بالظهور وعددها بالازدياد وكان أولها وأهمها دستور الولايات المتحدة الصادر عام ١٧٨٧ . والمعروف بدستور فيلادفيا . ثم تبعه الدستور الملكي الفرنسي الصادر عام ١٧٩٠ وهو أول دستور فرنسي مكتوب وأول الدساتير التي تمخضت عنها الثورة الفرنسية . وجميع الدساتير الآن - إذا استثنينا الدستور الأنكليزي - دساتير مكتوبة وأغلبها صادر في مستند واحد وفي تاريخ واحد كدستور بلجيكا الصادر عام ١٨٣١ ودستور إيطاليا الصادر عام ١٨٤٨ . ودستور تشيكوسلوفاكيا الصادر عام ١٩٢٠ والدستور السوري الصادر عام ١٩٣٠ وكذلك عام ١٩٥٠ وكذلك عام ١٩٥٣ .

٢- الدساتير المرنة والدساتير الصلبة :

تنقسم الدساتير من جهة أخرى إلى مرنة وصلبة . فالدستور المرن SOUPLE هو الذي يمكن تعديله وتنقيحه بدون إجراءات خاصة . ويقانون عادي صادر عن السلطة التشريعية العادية . فالمجلس النيابي الذي يملك سن القوانين العادية وتعديلهما يملك أيضا وينفس الطريقة تعديل الدستور . وفي هذه الحالة لا يختلف الدستور عن القوانين العادية إلا من جهة الموضوع فقط لا من حيث الشكل والقوة . وجميع الدساتير غير المكتوبة دساتير

مرنه كالدستور الانكليزي . - حيث أن البرلمان في انكلترا يستطيع ان يغير او يلغى
او يعدل اي قانون من قوانين الدولة بما في ذلك القوانين المنظمة للسلطات العامة والحريات
العامة للأفراد ومن الأمثلة السائرة في انكلترا ان البرلمان يستطيع كل شيء الا تحويل
الرجل لامرأة والعكس .)
PARLIAMENT CAN DO EVERY
THING EXCEPT TO MAKE A MAN A WOMAN
OR A WOMAN A MAN .

ومن الدساتير المرنة الدستور الايطالي المكتوب عام ١٨٤٨ حيث أنه لم ينص على طريقة
خاصة لتعديل نصوصه . ولذا يجوز للبرلمان الايطالي ان يعدل الدستور كله او بعضه
كما يعدل أي قانون آخر .

- ولذلك نجد أن مجال الدفع بعدم دستورية القوانين في انكلترا وايطاليا وغيرهما من
البلاد ذات الدساتير المرنة ضيق جدا . - (ان ظالما ان القانون صدر صحيحا من
الهيئة الشكلية لا يمكن القول بأنه مخالف للدستور) . -

اما الدستور الصلب REGID فهو الذي لا يمكن تصديده بنفس السهولة التي تعدل به
القوانين العادية بل لا بد من اتباع اجراءات خاصة تختلف باختلاف البلاد .
١- فأحيانا يشترط لتعديل الدستور دعوة جمعية وطنية تأسيسية وهذه الطريقة هي
اقصى درجات الجمود ويترتب على ذلك وجود هيئتين تشريعتين في الدولة . البرلمان
للقوانين العادية والجمعية التأسيسية للتشريع الدستوري ولا يمكن للبرلمان في هذه
المنالة ان يمس قانونا دستوريا .

٢- وفي بعض الدول كسويسرا لا ينفذ تعديل الدستور الا اذا وافق عليه الشعب ان
استفتاء الشعب ضروري في جميع القوانين الدستورية سواء في ذلك دستور الاتحاد نفسه
او دساتير المقاطعات .

٣- وفي دول اخرى يكفي لتعديل الدستور اجتماع مجلس البرلمان نفسه بشكل مؤتمرا وجمعية
وطنية مع اشتراط اغلبية خاصة لقرار هذا التعديل وهذه هي الطريقة في فرنسا وفي سوريا
مزاي وغيوب الدساتير المكتوبة والحرفية والمرنة والصلبة :

لاشك في أن لكل من الدساتير المكتوبة والحرفية مزاي وغيوب تلخص أهمها

فيما يلي :

١- الدستور المكتوب - أن من مزايا الدستور المكتوب وضع احكامه واضطرار الحكومات لاحترامها وعدم الزيف عليها وهو أسهل مدخلا على اذهان الشعوب من الدستور العرفي ان تكون نصوصه وفواعده في متناول الجميع ، وساطته ادعى الى حسن قبوله . ودقته وجموده ادعى الى احترام الحكام له .

على ان التاريخ قد اثبت ان الدستور ان لم يحمه الرأي العام . وتداوله ارادة الشعب فان تدوينه لا يفي عنده شيئا ولا أدل على ذلك من تكرار النقاء الدساتير في فرنسا عقب الثورات المختلفة او لقيام عهد الأرشاب او ظهور حاكم قوى وهذا ما حدث في سوريا ايضا . اما عيوب الدستور المكتوب فانه مهما كان تاما لا يحل كثيرا من المسائل التي لم تبد للأذهان عند تدوينه . ان كثيرا ما تتطور وينتج عنها ظهور مسائل جديدة لم يتنبأ بها الدستور ، او تكون ظروفها قد تغيرت بحيث تستدعي تغيير احكامها على أن هذا السبب يمكن تلافيه بتيسير الشروط الخاصة بتعديل الدستور .

٢- الدستور العرفي : اهم مزايا الدستور العرفي كالدستور الإنكليزي والدستور الإيطالي هي مرونته فهو بهذه المزية يتسع لتطورات الأنظمة الاجتماعية ومقتضياتها . ان لا يفتضح السلطة التشريعية لأي قيد في التشريع فلما تغير العادات التي أوجدت المبادئ الدستورية متى اتضح لها حيوية التطورات التي تواجهها الجماعة . اما عيب هذا الدستور فهو لا يوضح حدا للسلطة التشريعية التي لها ان تمن القوانين بلا قيد وقد يودي ذلك الى استبدادها .

ومن الملاحظ ان الدفع بعدم دستورية القانون في النظام المرن وهو عادة عرفي أمر لاصحوية فيه ولا خلاف بشأنه وذلك لعدم وجود أي فارق بين الدستور والقانون الصادرى وبمعنى آخر ليس ثمة فارق بين السلطة الدستورية وبين السلطة التشريعية . فما دام القانون الدستوري الجديد كالقانون الصادرى من حيث الاجراءات فهو خاضع بطبيعته بلا قيد ما - خاص الى نفس القيود الصادرة للقوانين العادية .

واما في حالة الدستور الصلب ونوعا مذكوب فلا بد عند تنفيذ الدستور من مراعاة القيود والاجراءات الخاصة التي قررنا الدستور نفسه فأذا لم تراعى الاجراءات المستترة كان التعديل مخالفا للدستور .

الفصل الثالث

سيادة الدستور وقدسيته :

لما كان الدستور هو أهم وأرفع المصادر القانونية من حيث الترتيب والأعتبار . ولما كان هو المحور الذي يدور حوله بحثنا لذا عمدنا الى التوسع فيه . فذكرنا تعريفه وتسميته ونشأته وأنواعه والآن نذكر شيئاً عن سيادته وقدسيته . وهي قائمة على ثلاث اسس وهي :

١- سيادة الدستور مبدأ ديمقراطي محض :

ان مبدأ سيادة الدستور هو المبدأ السائد في البلاد الديمقراطية حتى الملكية منبراً فالدستور فيها يعلو حتى على الملك نفسه ورغم من صدوره في بعض الأحوال في صورة مذمة من الملك لشعبه . فسيادته امر مسلم به . وهذا المبدأ يتعارض مع النظم القائمة في البلاد التي لا تأخذ بالديمقراطية . كنظم الانقلابات الثورية ، والنظام الشيوعي ، والنظام الديكتاتوري . لأن هذه النظم تقوم على وسائل العنف والاستبداد في حين ان سيادة الدستور تفرض وجود القانون واحترامه .

٢- سيادة الدستور هي فكرة خاصة بالديمقراطية النظامية :

لقد كان ظهور الحكومات الديمقراطية في بادئ الامر نتيجة ثورات الأفراد ضد استبداد الملوك وقد مارس زعماء الثورات سلطات الحكم نيابة عن افراد الشعب . فكان من الطبيعي ان يقوموا بوضع القواعد الأساسية للنظام العادل المطلوب ، ثم يرضونه على الشعب رجاء موافقته ، على هذا النحو ظهرت الديمقراطية المنظمة في صور الدساتير الموضوعة التي اقرتها الشعوب .

ومن ثم لم يعد القائمون بالحكم اصحاب حق بل اصحاب وظائف محدودة الاختصاص قائمة على الصالح العام وتوزيع هذا الاختصاص هو محور الدساتير التي تقوم على اشراك الجميع بدرجات مختلفة .

٣- مميزات القوانين الدستورية :

للقوانين الدستورية مميزات من جهة الموضوع ومميزات من جهة الشكل :

فالقانون الدستوري هو القانون الأساسي للدولة الذي ينظم قواعد الحكم ويوزع السلطات ويبيّن اختصاص كل منها ، ويضع الضمانات الأساسية لحقوق الأفراد ومدى سلطان الدولة عليهم ومن المتفق عليه بين الفقهاء ، أن القانون الدستوري هو اسم القام القانون العام .

DU . POINT . DE . VUE . FORMEL

ب - من جهة الشكل :

أما من جهة الشكل فالقوانين الدستورية تختلف بحسب القواعد المعمول بها في البلدان المختلفة ففي البلاد ذات الدستور المن ^{SUGPLE} وهي عادة البلاد ذات الدستور العرفي COUTUMIERE كانكلترا (دستورنا عرفي من) وأيطاليا (دستورنا مكتوب من) يمكن تعديل القوانين الدستورية بنفس الطريقة التي تعدل بها القوانين العادية . وفي هذه الحالة لا تختلف القوانين الدستورية عن القوانين العادية من حيث الشكل .

أما في البلاد ذات الدستور الصلب ^{REGIDE} وهي عادة البلاد ذات الدستور المكتوب ^{ECRITE} كالولايات المتحدة وفرنسا وسوريا ، فللدستور قدسيته تكسبه استقرارا خاصا . وفي هذا النظام تكون القوانين الدستورية ذات شكل مسين تنص غليظة اللساثير عادة وقد سبق أن توسعنا في هذا البحث .

آثار تفوق الدستور وسيادته :

إن الدساتير المكتوبة الصلبة هي التي تحظى تفوق أحكام الدستور على كل ما عداها في الدولة . فلو كان الدستور العرفي دستورا موضوعيا مرنا يوضع ويعدل كالقانون العادي فإن الدستور المكتوب شكلي وموضوعي في وقت واحد وهو صلب لا يعدل إلا وفق أصول خاصة غير تلك التي توضع وتعديل بها القوانين العادية . ومن هنا جاء تفوق الدستور أو القوانين الدستورية على القوانين العادية . فإن أكثر الدساتير المكتوبة تحرص على أن تبقي السلطات التشريعية ضمن حدود الصلاحيات الممنوحة لها في الدستور فلا تتجاوز حدودها باتخاذ قوانين عادية تعارض الدستور أو تعدله ، لأن الدستور لا يعدل بالقوانين العادية وإنما يعدل بالأصول الخاصة التي عينها هو نفسه سموا بأحكامه على أحكام القوانين . فكل قانون عادي يعارض مع الدستور وينبضي أن ينجاب دونه ويسقط فلا يكون له وجود حقيقي مشروع .

إن فكرة المشروعية LEGALITE تحتل اليوم مكانها اللائق في الحقوق الحديثة -
فالقيمة الحقوقية لكل نهج في الحقوق العامة تبدو بالمكان الذي يفسحه للمشروعية ، -
وبالوسائل العملية ، وبخاصة المراجعات القضائية التي يفتح سبيلها ضد اللامشروعية .
والمشروعية هي حكم القانون ، القانون بمعنى العام كقاعدة حقوقية متخذة من سلطة مختصة
وفق الأصول . فالسلطة التأسيسية تضع الدستور وهو القانون الأول في الدولة . والسلطة
التشريعية تضع القوانين العادية في نطاق صلاحياتها المعينة بالدستور دون أن تحيد
عن أحكامه ، وتأتي بعد القوانين نزولا في سلسلة القواعد الحقوقية في الدولة المراسم -
والقرارات الخ . . . فلا تكون قاعدة من هذه القواعد مشروعة إلا إذا كانت تنسجم شكلا
وموضوعا مع القاعدة التي تسمو عليها درجة فلا تخرج عليها .

فالمشروعية إذن هي حكم القانون لاحكم الفوضى والاضواء وهي التي تضفي طابع الاحترام
الحق على كل قاعدة حقوقية .
وهكذا تبدو فكرة المشروعية في مبحث تفوق الدستور بوجود انسجام القوانين العادية مع
احكام الدستور ، فالقوانين الدستورية تحتل المكان الأول وتفوق على كل قانون عادي لأن في
وسمها أن تعدل القانون العادي دون أن يكون في وسعها المساس بها ، والدستور ينسجم
القواعد الأساسية للدولة في حين أن القانون ينظر في القضايا التي تترجم بوصف الصالح
العام والتي لم يترك أمرها للسلطة التأسيسية والتي تحتاج الى التنظيم على يد المشرع
في الدولة ، والدستور كما أنشأ السلطة التشريعية اخضعت لأحكامه وحدد لها صلاحياتها
وطريقة ممارسة أعمالها فليس لها من صلاحية غير مأمور عليه الدستور فأن خرجت في شيء
على أحكامه تجاوزت حدود سلطتها وكان كل عمل من أعمالها باطلا فليس للقانون الصادر
عنها في هذه الحال قيمة حقوقية .

وإذا كان هذا ينتج من طبيعة المنطق الحقوقي لتسلسل القواعد الحقوقية . فان بعض
الدساتير تنص مع ذلك نصا صريحا على بطلان القوانين النابرة للدستور كلها أو في
الجزء الذي يخالف الدستور منها ، وهذا ما كان عليه دستور تشيكوسلوفاكيا الذي وضع
عام ١٩٢٠ في السنة التالية لنشوتها كدولة ، وهذا أيضا شأن الدستور الأيرلندي -

للسنة ١٩٣٧ .

مقارنة بين الدستور والقانون :

ان مبدأ التفرقة بين القوانين الدستورية والقوانين العادية من المبادئ التي اوجدها فقهاء القرن السابع عشر والثامن عشر الآخذين بمبادئ حقوق الإنسان الطبيعية ، وكانوا يطلقون على القوانين الدستورية القوانين الأساسية LO ISFONDAMENTALES ويعتبرونها العمل الرئيسي لسيادة الأمة ويطلق على السلطة التي تضعها السلطة المؤسسة POUVOIR CONSTITUTIONNE وهذه القوانين هي مصدر جميع السلطات التشريعية وتنفيذية وقضائية ، وقد توصلوا بذلك الى نتيجة هامة . هي أن هذه القوانين سابقة على القوانين العادية وأعلى منها ، وان على السلطة التشريعية وهي سلطة مؤسسة P.CONSTITUANT - لتسن القوانين العادية - احترامها ، بل وان هذه السلطة لاتستطيع تعديلها ولا إلغاؤها كما لاتستطيع أيضا أن تشرع الا في الحدود التي رسمتها لها هذه القوانين الدستورية كما سبق أن شرحنا ذلك .

على أن هذه التفرقة لاتكون الا في البلاد ذات الدساتير الصلبة - كما سبق ان ذكرنا ذلك . اما البلاد ذات الدساتير المرنة فلا اثر فيها لهذه التفرقة . فالبرلمان الإنكليزي مثلا غير مفيد في التشريع بأى قانون من القوانين . لأن القوانين الدستورية غير مكتوبة وانما تشأت من العرف الذي جرى عليه البرلمان . فالمجلس النيابي حرفي تخيير كافة عده - القواعد حتى قيل ان البرلمان الإنكليزي يستطيع كل شيء .

١- ان الدستور يشبه القانون من حيث أنه يتضمن احكاما قد تكون في الأصل غير تابعة لموضوع دستوري اى لتنظيم السلطات العامة في الدولة ومن حيث ان تعديله لا يكون نافذا الا بعد اقتراحه بتصديق السلطة التنفيذية ونشر هذا التعديل في الجريدة الرسمية اسوة بالقانون العادي . والدستور يشبه القانون العادي ايضا من حيث ان المحاكم تستند في قراراتها الى أحكامه . كاستنادها الى احكام القوانين العادية .

٢- ولكن اذا كان الدستور يشبه القانون العادي إلا انه يفوته في الأهمية - كما شرحنا سابقا - من حيث أنه يتضمن قواعد هي مصدر جميع السلطات من تشريعية وتنفيذية وقضائية ولذلك احتاطت جميع الدساتير لآمر تعديلها ووضعت من أجل ذلك قيودا عامّة - كما مر بحثه في حينه مما يحملنا على القول بأن الدستور هو أكثر ثباتا من القانون العادي هذا من جهة ومن جهة ثانية فانه لا يجوز تعديل احكام قانون الآ بقانون مماثل له - كما

منفعل ذلك فيما بعد - ولذلك لا يجوز تعديل قانون اساسي الا بقانون اساسي مله
مالم يكن قمع الدستور نتيجة لثورة قام بها الشعب او رضي عنها ، وفي هذه الحال
نفسا أفرافقه الفرنسي أن الثورة لا تقضي إلا على الأحكام الدستورية المتعلقة بشكل
الحكم - وليس لها أثر تأثير على الأحكام المتعلقة بالحريات العامة ولا على الأحكام -
التي هي دستورية مبنى لا معنى ، أي التي يكون موضوعها غير دستوري ولكنها أدرجت
في صلب الدستور .

نتائج التفرقة بين القوانين الدستورية والقوانين العادية :

أولاً - ثبات القوانين الدستورية IMMUTABILITE. JURIDIQUE

ان ثبات القوانين الدستورية هو أول نتائج نظرية التفرقة بين القوانين الدستورية والقوانين
العادية ولكن هذا الثبات غير مطلق . لأن السيادة القومية تتضمن استطاعة الأمة تغيير
دستورها مادامت هي مصدر هذه القوانين . كما أن القول بالثبات المطلق يؤدي -
الى الجمود ويملح تطور الجماعة الطبيعي ولكن ما هو السبيل الى ذلك مادام المشرع العادي
لا يستطيع تعديل هذه القوانين ؟ هناك ثلاثة مذاهب سبق ان ذكرناها وهي :

- (١) تعديل الدستور بدعوة جمعية وطنية تأسيسية .
- (٢) تعديل الدستور باستفتاء الشعب الاجماعي .
- (٣) تعديل الدستور باشتراط اغلبيه خاصة للسلطة التشريعية .

ثانياً - لا يفسخ القانون الدستوري الا بقانون دستوري :

لما كانت القوانين الدستورية اعلى من القوانين العادية فإنه لا يمكن الناقضها او تعديلها
الا بقوانين دستورية جديدة حائزة للشكل المقرر لها وهذه القاعدة هي من القواعد التي
اوجدتها الثورة الفرنسية على أن الفقهاء ذهبوا بالرغم من ذلك الى أنه اذا قامت ثورة
في البلاد وتم لها النجاح فان الدستور القائم يحفظ فوراً من تلقاء نفسه وتفسخ احكامه
ويفسرون ذلك بأن الشعب بقبوله الثورة التي تمت بأرادته او بدون مقاومه منه فسـد
اظهر ارادته في الخاء الدستور السابق ولو أنه اصبح من المقرر أن الدساتير تسقط
من تلقاء نفسها بالثورات الا أن القضاء الفرنسي استطاع أن ينقذ بعض ما اشتملت عليه
هذه الدساتير بطريقة فقهية بارعة ذلك أنه عامل بعض النصوص الواردة بها معاملة

القوانين العادية ، ولما كانت الثورات لا تؤثر على القوانين العادية التي لاعلاقة بها بشكـيل
الحكومة ونظامها وتكوين السلطات فإن هذه القوانين العادية تظل قائمة مادامت لم تصدر
قوانين اخرى بالخالفها . وبما أن الدساتير المكتوبة تتضمن بعض نصوص دستورية شكلا لا -
موضوعيا . كالفواعد الادارية والجزائية التي لاعلاقة لها بما يجب أن تتناوله الدساتير اصلا
فأنه يمكن معاملة هذه القوانين معاملة القوانين العادية ، بمعنى انها لا تسقط مع الدستور
لانها لم توضع في الدستور الا لتكسيب ما للمبادئ الدستورية من ثبات وقوة . وعلى ذلك فإن
هذه الفواعد لا تسقط بسقوط الدستور وإنما تفقد صفتها الدستورية الشكلية ، وتصبح من -
قصبلة القوانين العادية ، وتظل نافذة الى أن يلغىها او يعدلها قانون آخر : مثال ذلك المادة
المادة (٥) من دستور فرنسا لعام ١٨٤٨ الخاصة بالنساء بالقوة الاعدام في الجرائم السياسية
فان القضاء اعتبرها قائمة رغم سقوط دستور عام ١٨٤٨ .

الثالث - دستورية القوانين : SUPERLEGALITE. CONSTITUTIONNELLE

نظرا لمركز الدستور الممتاز كما رأينا يجب أن لاتأتي القوانين العادية على خلافه وفي -
هذا ضمان لحقوق الأفراد وحائل دون خروج السلطة التشريعية المؤسسة P.CONSTITUTE
عن الدائرة التي رسمتها لها السلطة المؤسسة (أو التأسيسية) P.CONSTITUANT .
هذا هو مبدأ دستورية القوانين الذي نعني الآن بدراسته بشقي التفصيل .
وعليه لما كان الدستور يسمو على كل السلطات في الدولة ويلزم الجميع في الحدود -
الدستورية المقررة مادام نائما لم يندثر ، لذلك كان طبيعيا ان تظهر قاعدة دستورية القوانين
التي تقضي منطقيا الا يصدر قانون ما على خلاف حكم الدستور القائم . والا كان ذلك -
القانون غير دستوري ووجب منطقياً امتناع القضاء او منعه من تطبيقه . فأذا أخذنا بهذا
الجزء المنطقي وجب التفكير فيها في مدى الآثار التي ترتب على بحث مراقبة دستورية
القوانين .

ان مراقبة دستورية القوانين هي التحقيق من قبل سلطة مختصة عن مدى احترام مبدأ المشروعية
أى عن مدى انطباق القانون ، وهو أدنى من الدستور ، على أحكام الدستور مع المؤيد الحقوقي
بإمكان الخاء او تعطيل النص غير الدستوري .
وانا كان المبدأ الحقوقي البحت يفترض أن نعتبر القوانين المخالفة للدستور ملغاة -
فأن الحياة السياسية تثير القضايا التي ينطوى عليها هذا السؤال . اليس القانون في التنظيم
الديمقراطي من عمل المجلس النيابي الذي يضم ممثلي الشعب ويمثل الإرادة القومية فكيف
نقف في وجه هذه الإدارة ؟ وإذا كانت النظرة الحقوقية تفترض ان الإرادة القومية التي وضعت
الدستور على يد السليطة التأسيسية قد قبلت الا تمارس هذه الإرادة نفسها عند التشريع
على يد السلطة التشريعية الا ضمن بعض الشروط ولهذا تكون مراقبة الدستورية قائمة للحفاظ
على تطبيق هذه الشروط ، فإن النظرة العملية تبيّن أن الجهاز الذي سيعهد اليه بهذا
الاختصاص الخطير سيكون بالضرورة رقيقا على المجلس النيابي وبالتالي رقيقا على الإرادة -
القومية .

ان التحليل الحقوقي نفسه يأتي بالجواب المنطقي على هذا السؤال . ولكن الواقع العملي يكشف عن الوجوه الأخرى في قضايها مراقبة دستورية القوانين .

(١) فالتحليل الحقوقي يبين لنا أن مراقبة دستورية القوانين لا تخرج الإرادة القومية ولا تقيم تقريبا على سلطة الشعب الأصلية وسيادته التي لا تحلوفوقها سلطة . فالجهاز المكلف بهذه المراقبة لا يضح تلقاء الإرادة اليومية ارادته الذاتية وإنما تقيم في وجهها الدستور . والدستور أقوى تعبير عن الإرادة القومية . فالقائمون على المراقبة إنما يعملون في الحقيقة على صيانة الإرادة القومية وتحقيق احترامها .

(٢) ولكن الواقع العملي الذي تتكشف عنه الحياة التجريبية يظهر أن مراقبة دستورية القوانين تدور حول امرين : فالدستور إما ان يقتصر على المؤسسات السياسية ولا يتعرض لذكر حقوق الأفراد فلا يكون لمراقبة دستورية القوانين دنا أثر فعال بالنسبة للأفراد الذين يتمتعون بحقوقهم قبل كل شيء . وإما ان يتضمن النص على حقوق الأفراد وهنا يقف الفرد الذي يشكو من القانون أمام الأغلبية التي اقرت القانون مستمسكا بحقه الذي صانه الدستور . فيكون دور الهيئة القائمة على المراقبة ان تدافع عن الفرد ضد الدولة .

وهنا تبرز صعوبة هذا الأمر لأن النصوص على حقوق الأفراد بالدستور تكون بطبيعتها عامة متبردة فمن ذا الذي يتولى تفسيرها للحكم في انطباق القانون عليها أنهم رجال سياسيون او قضاة انهم افراد يعمل كل منهم فكرة للنظر في القانون المعروض عليه . فإذا نظر القاضي مثلا في تطبيق مبدأ عام نص عليه الدستور . مثل يرى الأخذ به على إطلاقه . أم يبيني حكمه على النسبية ويخضع لذلك المبدأ العام لمبدأي الحقوق والأشخاص . وللمنفعة الاجتماعية ؟ سيتأثر القاضي . ولولم يشعر بمزاجه وعمره وتكوينه ومعتقداته الأساسية وطبقته الاجتماعية .

فالحقيقة هي أن الذي يوضع في المراقبة تجاه القانون هو النكره التي يكونها المراقبون عن الدستور لا الدستور نفسه .

فالمراقبون يحكمون على القانون لا بالدستور ولكن بما يثيره القانون من رد الفعل في نفوسهم زاعمين أن هذا ما يقضي به الدستور . ولهذا يرى بعض الفقهاء مع تعلقهم بمبدأ دستورية القوانين ان أي أسلوب من أساليب المراقبة يبقى في حقيقته حلا غير كامل لهذه المعضلة الرئيسية التي تثيرها مراقبة دستورية القوانين . وهذا ما سيفودنا الى البحث في الأشكال المختلفة التي عمدت اليها الدول الآخذة بمبدأ الرقابة .

كده دستورية القوانين : قبل البحث في أساليب مراقبة دستورية القانون تجدر الملاحظة الى مدى مفعول الدستورية .

١- ان البحث في دستورية القوانين قاصر على حالة مخالفة القانون للدستور من حيث الموضوع لامن حيث الشكل . وذلك لأن القانون العادي قد يخالف الدستور في شكله بحيث يأتي غير مستوف للأجراءات الشكلية التي يحتمها الدستور مثال ذلك . ((كما اذا وافق احد المجلسين على صيغة مشروع تختلف في مدلولها التي اقراها المجلس الآخر كما حصل في فرنسا مرارا)) ففي مثل هذه المخالفة للأجراءات الشكلية للدستور . يلزم القاضي بل يجب على القضاء عدم تطبيقه وهذه القاعدة مسلم بها أساسا في مختلف الدولة فقها وقضاء . ويلاحظ ان عدم تطبيق القضاء للقانون في هذه الحالة ليس من قبيل البحث لدستورية القانون وانما على اعتبار ان هذا ليس قانونا بالمعنى الصحيح حتى يصح طلب تطبيقه . ذلك ان عيب الشكل يجعل القانون باطلا بطلانا مطلقا ومنه ما فلا محل لاثارة موضوع دستورية القوانين في هذه الحالة . لأنه ليس ثمة وجود حقوقي للقانون ليبحث في دستورية وتجدر الملاحظة على أن يعرض الفقهاء حملوا على مبدأ عدم تطبيق القانون المخالف للشكل بحجة أن في ذلك اعتداء على وظيفة السلطة التنفيذية باعتبار أن ذلك منوط برئيس الدولة الذي أعطاه الدستور حق الإصدار PROMULGATION نيابا لصدار يقرر الرئيس صحة القانون من حيث اجراءاته الشكلية . فأن تعرض القاضي لهذه المهمة بمسئولية كان معتديا على دائرة عمل السلطة التنفيذية .

ومما يكن من أمر أن البحث في دستورية القوانين ينحصر في حالة مخالفة القانون العادي للدستور من حيث موضوعه كأن يأتي هادما للحرية الشخصية مثلا ولكنه مستوفيا لكل الإجراءات الشكلية الدستورية فيعتبر في ذلك مخالفا في موضوعه لنص الدستور المبرمج الذي يقول - الحرية الشخصية مصونة -

٢- ان مسألة دستورية القوانين باعتبارها إحدى نتائج التفرقة بين القوانين الدستورية والقوانين العادية ، لا تثار منطوقا في البلاد التي تجهل هذه التفرقة . ففي الدول التي يكون دستورها مرنا يخضع في اجراءات تعديله لما تخضع له القوانين العادية سواء بسواء لا محل للتكلم عن دستورية القوانين . ومثال ذلك انكرا ذات الدستور العرفي - المرن وايطاليا ذات الدستور المكتوب المرن . وعليه فلا تخضع القوانين التي يقرها البرلمان

الإنكليزي لبحث دستورية القوانين . على أن القوانين التي تصدرها برلمانات الممتلكات البريطانية فتخضع لهذه الرقابة الدستورية . ان يجب ألا تخالف الدساتير المعطاة لهذه الممتلكات بل ولا للمبادئ الأساسية التي تتضمنها القوانين الإنكليزية . وهكذا فإن موضوع دستورية القوانين قاصر على البلاد ذات الدساتير الصلبة أي التي لا تتعدل إلا بإجراءات خاصة انصت من إجراءات القوانين العادية . وبهذه الحدود فقط يعرض موضوع دستورية القوانين .

مراقبة دستورية القوانين .

يترتب على كون الدستور جامدا - كما رأينا احاطة النصوص الدستورية بشيء من المناعة - ان ظالما أنه لا يمكن تعديل الدستور او تنقيحه إلا باتباع اجراءات خاصة . يهـيـج الدستور اعلى مرتبة من القوانين العادية - كما سبق شرحه - ولا تجوز مخالفته بقانون عادي . ولكن اذا أصدر البرلمان قانونا يخالف فيه بعض نصوص الدستور - طبعاً من حيث الموضوع - فلا بد وقتئذ من وجود هيئة مراقبة وظيفتها ابطال القانون المذكور او على الأقل عدم الاخذ به في القضية المطروحة امامها لعدم دستوريته . ان من القواعد المسلم بيدها أنه في حالة تعارض قاعدتين احدهما اعلى مرتبة من الأخرى فالقاعدة العليا هي التي يجب ان تسود وبما أن الدستور هو القانون الأساسي والاعلى للدولة ويزيد في مناعته وتفوقه - كونه جامدا اي صلبا . فطبيعي ان توجد هيئة مراقبه تتمسك به دون غيره في حالة تعارضه مع قانون ادنى مرتبه منه كالقوانين العادية . ولكن الحل في الواقع يختلف باختلاف البلاد والدساتير . ومكانة السلطة القضائية في كل دولة وما تتمسك به هذه السلطة من نزاعة وحكمه وحسن تصرف دون أن تتنازل عن قبولها سياسياً أو حزبية أو نزاعات نفصية .

١- اساليب مراقبة دستورية القوانين :

ان مراقبة دستورية القوانين هي التحقيق من قبل سلطة مختصة عن مدى احترام مبدأ الشريعة الذي أشرنا اليه قبل هنيهة ، أي عن مدى انطباق القانون وهو أدنى من الدستور على احكام الدستور مع المؤيد الحقوقي بأمكان الغاء او تعطيل النص غير الدستوري . على أن الصعوبة هي في الوصول الى الحلول العمليه التي تكفل تحقيق بطلان تداي - القوانين ولهذا ينبغي البحث عن سلطه غير السلطة التشريعية تحكم في اعمالها فتحقق

في القوانين المشكو منها وتبتل ما يخير الدستور منها . - ان لا يعقل ان يكون البرلمان هو المنظم والحكم . - ولكن ماهي الهيئة التي يحدد اليها بهذا الاختصاص الخطيئس وماذا تكون هذه الهيئة هل تكون سياسية أم قضائية . ثم ماهي العوامل المختلفة التي - تلعب دورها في هذه الأمور الدقيقة المضطربة . ان الذي يثبت صسوية هذا الأمر هو أن كثيرا من الدول لم تهمل بعد الى حل من الحلول ، فليس في دستورها ما ينص على طريقة حمايتها من افتئات السلطة التشريعية بالقوانين العادية . وما تزال تتردد في أمر مراقبة دستورية القوانين .

والحق ان معضلة دستورية القانون خلقت يوم خلق الدستور وكانت التجربة الأولى ان يعهد بمراقبة الدستورية الى هيئة سياسية . ثم تكشفت الحياة الدستورية من نفسها عن الحقيقة في ان هذه المراقبة لا تكون فعالة الا اذا تمت على يد هيئة قضائية . ويتولى القضاء من نفسه هذا السمل في بعض الدول أو ينص الدستور على احداث الهيئة القضائية المختصة ؛ وأخيرا قد يلتزم القضاء موقف الحياد ويسكت الدستور فتفقد الرقابة او يمنع الدستور صورة باعتدائه لهذه المراقبة .

١- المراقبة على يد هيئة سياسية :

ان مراقبة دستورية القانون تستهدف التحقيق فيما اذا كان هذا القانون قد تم على وجه صحيح من قبل السلطة المختصة ؛ وما اذا كانت هذه السلطة قد راعت حدود اختصاصها فالتزمنا . وما اذا كان القانون وهو النص الأدنى متوافقا مع النص الأعلى الذي هو الدستور فاذنا نظارنا الى آثار هذه المراقبة رأيناها في الحقيقة امرا سياسيا على شأن عظيم فزسي توول الى حصر البرلمان وحتى الحكومة في الميدان الذي عينه الدستور . ولذا فان الهيئة التي تقوم بهذه المهمة تلعب في الدولة دورا سياسيا رئيسيا لا يمكن استغناء بالضرورة موقف التفوق على سائر السلطات العامة في الدولة ولذا ينبغي ان تعطى المراقبة الى هيئة سياسية لا الى هيئة قضائية تتسامى فوق السلطات الأخرى في الدولة فالقاضي يجب أن يحكم بالقانون لا على القانون .

الى هذا اتجهت الجمعيات التأسيسية اثر الثورة الفرنسية وقد طلب (سيميس) ان يحدد بهذه المراقبة الى أشخاص يمثلون الشعب ولكن اقتراحه هذا الذي قدمه في العام الثالث

قد أخفق حينما خشي المؤسسون أن تضدو هذه السلطة الهائلة التي تفصل حراسة السلطات العامة سيادة على هذه السلطات تفيدها بأسم حمايتها . ولكن فكرة (سييس) - تحققت في العام الثامن حين أعطي مجلس الشيوخ SENAT سلطة مراقبة دستورية القوانين وقد أعطي مجلس الشيوخ الفرنسي نفس هذه السلطة عام ١٨٥٢ ولكنه لم يستعملها رغم أن - القوانين لم تكن تخلو مما يخالف الدستور .

لهي في هذه الحال أمام السلطة التشريعية إلا سلطة سياسية بعيدة في تكوينها عن الفكرة القضائية مع أن عمل مراقبة دستورية القوانين إذا كان ذا شأن سياسي عظيم من حيث آثاره فهو في حقيقته عمل حقوقي .

والهيئة السياسية لا تنظر في القيمة الحقيقية للقانون بل تنساق بطبيعتها لتقدير نفع القانون . ولهذا لم ينجح هذا الأسلوب بل كانت المراقبة الفعالة هي التي تتم على يد القضاء .
٢- المراقبة على يد هيئة قضائية :

أن مراقبة دستورية القانون هي بطبيعتها عمل قضائي صرف ، والذي يحفظ لها من هذه الطبيعة هو أن تعطى إلى هيئة قضائية إذ تحاط آرائها بضمانات من الاختصاص الفني والشجيرة تتمثل في شخص القضاة وبضمانات من حيث الشكل تتجلى في الأصول القضائية فتكون المناقشة العلنية وتبادل الحجج قبل الحكم ويكون القاضي مجبراً على تعديل حكمه وانتقدهم له بأسبابه الموجبه . ان القاضي لا يبحث ان كان القانون نافعا ام ضارا حسنا ام سيئا . وانما يحقق في نقطة واحدة هي توافقه مع الدستور .

وقد لاحظ التسميد (هوريو) ما لتدخل القاضي عند فحصه دستورية القوانين من خطر - لما يخشى من أن تنتابه نزعات وميول سياسية خاصة . كما لاحظ من ناحية أخرى ما يترتب على عدم تقرير هذا الحق للقضاء من أهدار قواعد الدستور واعدام اثرها وامام تدهور الضررين اختارا قلما خطرا مؤيدا فكرة تدخل القاضي لفحص دستورية القوانين . فهذا أهم بكثير من اهدار الدساتير وانتهاك حرمتها . والآن لذكر الآراء في حالتي بحث - القضاء للدستورية وعدم بحثها .

الرأى الأول : عدم بحث القضاء لدستورية القوانين :

هذه هي القاعدة الخالصة في البلاد الأوربية وهي التي مازال يأخذ بها القضاء الفرنسي والفقيه الفرنسيون المحافظون وفي مقدمتهم (كريدى مالبير) و (وايسمن) ومثلهم آخرون من فقهاء الدوا الأخرى نذكر منهم بالذكر الفقيه الألماني (لاباند) والفقيه النمساوى (جولينك) وهو كذلك -
الرأى السائد فقها وقضاة في دول أخرى كبلجيكا . ويمكننا أيجاز اسانيد هذا الرأى فيما يلي :

١- استند (لاباند) في ألمانيا الى فكرة الأصدار على أساس أن اصدار الرئيس الأعلى للقانون يجعله في منجى من فحص دستوريته لأنه بمثابة حكم JUDGEMENT يقضى بدستورية القانون -
من حيث الشكل والموضوع كلاهما . فهو شهادة اذا بدستوريته ذلك القانون . وبهذا لا يجوز للقضاء أن يتعرض لبحث هذه الدستورية من جديد . بل ويذهب لاباند الى أن هذا هو جوهر الأصدار في ألمانيا وفرضه الأساسي .

٢- شارك بعض الفقهاء الفرنسيين (لاباند) في عدم جواز بحث القضاء لدستورية القوانين ولكنهم لم يشاركوه التمثل السابق فلم يعطوا الأصدار تلك القيمة في فرنسا وإنما استندوا الى بحث النصوص التشريعية التي تعددت منذ عام ١٧٨٩ والتي تمنع القضاء الأفرنسي من التدخل في اعمال السلطة التشريعية وبذلك تتعارض مع حق القضاء في بحث دستورية القوانين . ونخص من هذه النصوص بالذكر قانون عام ١٧٩٠ وقانون ١٧٩١ اللذين لم يمنحا الحاكم من الأشتراك بطريقة مباشرة أو غير مباشرة في ممارسة السلطة التشريعية ومن الأمتناع عن تنفيذ القوانين أو إيقافها وقد نص على ذلك دستور عام ١٧٩١ ونذكر كذلك المادة (١٢٧) من قانون العقوبات الفرنسي التي تعاقب القضاة ان هم تدخلوا في أعمال السلطة التشريعية -
والمادة (٢٠٣) من دستور السنة الثالثة للثورة .

٣- استند بعض الفقهاء كذلك الى مبدأ الفصل بين السلطات وذلك لأن وظيفة القضاة قاصرة على تطبيق القانون دون فحص دستوريته . فللمحاكم أن تفسر القوانين العادية ، ولكن ليس لها أن تفسر الدستور وعليه فلا يكون القضاء رقياً على مراعاة السلطة التشريعية للحدود المقررة بالدستور وإنما الرقيب الوحيد على ذلك هو ضمير أعضاء هذه السلطة التشريعية -
انفسهم وشمورهم بالمسؤولية امام الأمة .

أما تدخل القضاء في بحث دستورية القوانين فأعتداه منه على ميدان عمل السلطة التشريعية

وانتهاك لحرمة مبدأ الفصل بين السلطات بل ان اعطاء القضاء هذا الاختصاص يجعل منه على حد قول الفقيه الأفرنسي (ايسمن) - سلطة سياسية تسمو على سائر السلطات بل وعلى ارادة الأمة التي عبرت عنها وفقا للأوضاع المقررة في النظام النيابي .

٤- احتم القضاء الفرنسي حتى دستور ١٩٤٦ تلك القاعدة ذات الصبغة التقليدية بفرانساً وهي قاعدة عدم بحث القضاء لدستورية القوانين . وقد استقر هذا القضاء على هذه القاعدة منذ الحكم الشهير الذي اصدرته محكمة التمييز الفرنسية بهذا الصدد في ١١ مايس عام ١٨٣٣ ورأى بعض الفقهاء أن تعديل ذلك التقليد لا يرجع الى مبدأ الفصل بين السلطات وإنما مرده الى تلك النظرة التقليدية المملوءة ريباً وحذراً والتي كانت تنظر بها الثورة الفرنسية الى القضاء فلقد خشي رجال الثورة أن يقف القضاء في وجه القوانين الثورية الجديدة بحجة عدم دستورتها فيصوق بذلك عمل الثورة كما عرفت البرلمانات الفرنسية القديمة (أى المحاكم العادية في فرانساً قبل الثورة) اصلاحات الملوك خلال النزاع الذي كان يبين هذه البرلمانات والملوك في النظام السابق على ثورة عام ١٧٨٩ كما تأثر رجال الثورة كذلك بالرغبة البينة في انكار أى اختصاص يمهّد للمقاضي سبيل القيام بدور سياسي في الدولة . وبالرغبة كذلك في تحرير ارادة المشرع في كل رقابة قضائية . كما قيل ان اباحة بحث القضاء لدستورية القوانين تشكل في صحتها - فتتركها معلقة في كفة الميزان . وهذا خطر لأنه يضيف قوة القوانين وينال من سلطتها .

الى جانب كل ذلك لوحظ أن اعطاء القضاء سلطة بحث دستورية القوانين انما يترنر وجود قضاة يلفوا من النزاهة والكفاءة والحكمة وحسن التصرف تلك الدرجة التي بلنها القضاة الأمريكيون والآنكليز كما يجب ان يكون الشعب قد اعتاد أن يرى في قضائه الحصن المحافظ لحقوقه - والسياس المنيع الزائد عن حرياته . وفوق ذلك يجب أن يكون هؤلاء القضاة متمتعين بكامل الاستقلال وحرية الرأي غير قابليين للعزل أو للنقل بواسطة الحكومة حتى لا تتخذ منهم مصولاً لمقاومة عمل البرلمان وعدم كلمة الأمة . كما يجب أن يكون هؤلاء القضاة ذوي النفوذ البالغ على النجوى السابق من تعيينهم من الشعب قابليين للعزل بواسطة (RECALL) خاضعين لرقابته حتى تكون الكلمة دائماً للأمة . أما أن كانوا معينين بواسطة الحكومة فينا تتعارض رقابة دستورية القوانين مع المبدأ الديمقراطي نفسه .

١- الرأي الثاني : بحسب القضاء لدستورية القوانين :

هذا هو الرأي الشائع في أمريكا بصفة خاصة وهو الذي نادى به كثيرون من الفقهاء في الدول المختلفة وبخاصة الفقه الفرنسي الحديث فلقد نادى به منذ عام ١٨٩٤ (بورجار) وفي عام ١٨٩٥ أخذ بهذا الرأي (جيز) كما أخذ به الأستاذان (بارتلمي) عام ١٩١٢ في فتوى قدمها في هذا الشأن بمناسبة قضية في رومانيا خاصة بشركة ترام بلدية بوخارست ، كما دافع عن هذا الرأي بقوة العميد (هوريو) خصوصا في تعليقاته على الأحكام عام ١٩١٢ كما عدل العميد (دوجي) رأيه كذلك وأيد هذا الحق بشدة ودافع عنه بعد ذلك بأطراد . -
وأيد هذا الحق كذلك (رولان) و (ميستر) وغيرهما . وبذلك أصبح تيار الفقه الفرنسي الحديث توجها في هذا الاتجاه وهو ضرورة بحسب القضاء لدستورية القوانين . وان كان القضاء لم يجاز الفقه إلى الآن ولقد استند رأي هذا الفقه الحديث إلى عدة اعتبارات هامة وهي :

١- لوحظ أن الاستناد إلى فكرة الأصدار PROMULGATION - على النحو السابق بيانه -

لمنع القضاء من بحسب دستورية القوانين استنادا لا يمكن الأخذ به في فرنسا حيث لا تعطي للأصدار تلك الأهمية التي أعطيت له في ألمانيا ولذلك لم تلق هذه الفكرة تأييدا يذكر في فرنسا والواقع أنه من الأسراف اعطاء الأصدار تلك الأهمية واعتباره شهادة ناطقة على صحة القانون ويلتزم القضاء بها دون مناقشة صحته .

٢- فيما يتعلق بالنصوص التشريعية الفرنسية السابق ذكرها يلاحظ أنها خاصة بفرنسا بالذات كما ان الفقه الفرنسي الحديث قد ذهب في تفسير هذه النصوص مذهبها لا يحرم القضاء من حقه في بحسب دستورية القوانين بل وحاول بعض الفقهاء مثل (هوريو) التدليل على أن القضاء الفرنسي قد أخذ فعلا بهذا الرأي .

٣- يرى جمهور الفقهاء الفرنسيين الحديثين كذلك ان الاعتراف للقضاء بسلطة بحسب دستورية القوانين لا يتعارض مطلقا مع مبدأ فصل السلطات لأن هذا الاختصاص لا يخرج القاضي عن دائرة عمله ولا يجعله يعتدى على الدائرة المنوكة للمشرع . فمن المعروف أن القاضي قد تتعارض أمامه عدة قواعد قانونية مختلفة الدرجة كأن يتعارض قانون ودستور . كما قد تتعارض أمامه قانون ومرسوم تنظيمي وقوانين من درجه واحدة او أنظمة من مرتبه واحده . ومن المقرر عن التعارض في هذا المبدأ انه يجب على القاضي - دون خروج من دائرة عمله - أن يبحث

عن القانون الواجب التطبيق ليستبعد غيره . فان كان التعارض بين قانون ونظام مثلا
اهمل النظام وطبق القانون وبالمثل لو كان التعارض بين قانون عادي ودستور فانه يجب عليه
وجوبا أن يطبق الأسمى وهو الدستور عملا بقاعدة التسلسل الرتبوي . وفي كل ذلك لا يحكم -
القاضي ببطلان القانون أو المرسوم حتى يقال أنه قد اعتدى عليهما وانتهك حرمة السلطة
المختصة بسنهما . وإنما يكفي بالامتناع عن تطبيقهما . ثم هو لا يتعرض لهما من تلقاء نفسه
وإنما بناء على نزاع يثار أمامه حول التشريع الذي نحن بصدده . أي بعد دخول القانون مرحلة
التنفيذ . وتظل أحد طرفي الخصومة من تطبيقه عليه بحجة مخالفة التشريع الأسمى والأولى
بالتطبيق منه . وعليه فلا تعارض مطلقا بين بحث القضاء لدستورية القوانين وبين مبدأ الفصل
بين السلطات .

على ان هذا القول ليس صحيحا فقط في النظام البرلماني الذي يؤخذ فيه بالفصل بين
السلطات فضلا لحمته التعاون بين هذه السلطات المنفصلة وسداه تبادل الرقابة فيما
بينهما . وإنما هو صحيح حتى في النظام الرئيسي المأخوذ به في الولايات المتحدة حيث
الفصل بين السلطات تام دون تعاون بينهما . وحجة ذلك أن دستور الأتحاد في النظام
الرئيسي من صنع الهيئة المؤسسة للنظام الأتحادي (اتحاد مركزي) في حين أن السلطات
التشريعية والتنفيذية والقضائية هي هيئات مؤسسة ومستقلة كل منها تمام الأستقلال عن الأخرى
فإذا ماخالفت إحدى هذه السلطات المؤسسة - كالسلطة التشريعية في قوانينها - الدستور
الأتحادي الذي هو من صنع الهيئة المؤسسة كما قلت - يجب ألا ترغم السلطات الباقية
وبالذات السلطة القضائية على مجارة السلطة التشريعية في هذا العدوان . أو بمعبارة -
أخرى يجب أن نعترف للقضاء بحق الامتناع عن تطبيق هذه القوانين المعتدية على الدستور
الأتحادي والاعتراف للقضاء بهذا الحق يزداد وضوحا هنا مادنا نقول أن السلطة
القضائية مستقلة تماما من السلطة التشريعية . أي ان الفصل التام بين السلطات يؤكده
حق القضاء في تحري موافقة أو عدم موافقة القوانين العادية لدستور الأتحاد . أما أن نعرض
على القضاء احترام اعتداء السلطة التشريعية على الدستور فأمر ينافي كل المنافاة مبدأ الفصل
بين هاتين السلطتين وعليه فيبحث المحكمة لدستورية القوانين أمر داخل في طبيعة عمل القاضي
دون اعتداء ما على مبدأ الفصل بين السلطات حتى في البلاد التي تجعل هذا الفصل تاما .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

٤- يستند حق القضاء في بحث دستورية القوانين كذلك الى مبدأ مشروعية تصرفات الدولة

جميعها وهذا هو فيصل التفرقة بين الحكومة الخاضعة للقانون GOUVERNEMENT. LEGAL والحكومة الاستبدادية g.DESPOTIQUE التي لا تخضع في حكمها للقانون .

فالدولة القانونية تخضع لقواعد قانونية هي بدورها يخضع بعضها لبعض أي أن القانون

الملزم للدول القانونية يوجد تدرجا بين القواعد القانونية DES RÈLES JURIDIQUES

بمعنى أنه يجب أن تكون كل واحدة من هذه القواعد الملزمة للدولة خاضعة للحدود التي

ترسمها لها القواعد التي تسمو عليها فتخضع النظام للقانون ويخضع القانون للدستور فبمقتضى

ذلك كله تسقط عن الدولة صفتها القانونية LEGALITE وتلبس ثوب الاستبداد وسواء في ذلك

أن تكون الحكومة ملكية أو أرستقراطية أو ديمقراطية بل أن أشد أنواع الاستبداد هو الاستبداد

الذي يلهم ثوبا ديمقراطيا لأنه استبداد معسول فضلا عن أن تبعته تكون موزعة على رؤوس

عديدة فيتداعى اثرها وينهار مفعولها . لذلك يجب أن يفرض احترام القواعد القانونية على

النحو السابق وتلتزم به جميع السلطات ومنها السلطة التشريعية . وان يكون القضاء حارسا لذلك

الاحترام ضمنا لهذا الالتزام ولا يكون ذلك الا بتقرير حقه في بحث دستورية القوانين ومشروعية

المراسيم التنظيمية على حد سواء .

لكل هذه الاعتبارات اتجه الفقه الحديث في مختلف الدول بقوة نحو الاعتراف للقضاء بهذا

الحق وبذلك أصبحت الخلية في اعتقادنا مقصودة بناحية هذا الرأي الثاني أما الأول فلا يبد

مندثر يوما ما .

والمرافعة القضائية تستدعي البحث في شكلها فهل تكون بطريقة الدعوى أم بطريقة الدفع

وفي اشخاص القضاة فهل تكون على يد القضاء العادي نفسه أم يختار لها قضاة خصوصيون ؟

ان المرافعة القضائية بطريقة الدفع تتم أمام القضاء العادي أما المرافعة بطريقة الدعوى فيمكن

ان تتم على يد القضاء العادي او على يد قضاء خاص . وقد ظهرت مراقبة دستورية القوانين

عن طريق الدفع قبل ظهور طريق الدعوى لأن الطريق الأول تمت دون أن ينس عليها نسي

الدستور نصا صريحا في حين ان المراقبة الثانية تحتاج الى نص صريح في الدستور وسنبدا

بهذه الثانية ثم نتوسع في المراقبة عن طريق الدفع لأنها هي التي تحتل المكان البارز في الحقيقة .

١- المراقبة بطريقة الدعوى الأصلية أمام محكمة خاصة : VOIE. D'ACTION

إن هذه الطريقة لا يمكن تفريرها إلا بنص صريح في الدستور حيث أن الأفراد يملكون بهذه الطريقة وحتى السلطات العامة نفسها أيضا ، أن يقيموا الدعوى أمام المحكمة المختصة بطلب القضاء القانون . وعندما يثبت للمحكمة مخالفة للدستور تقرر بطلان هذا القانون ويكون البطلان عاما بالنسبة للجميع وملزما لكل المحاكم .

أ- فمن الدول ما تسمح بأقامة هذه الدعوى أمام القضاء العادي ولكنها تجعل النظر فيها في يد أعلى محكمة في البلاد وهذا ما درجت عليه سويسرا حيث ترفع الدعوى أمام المحكمة الاتحادية TRIBUNAL FEDERAL التي تفارس هذه الصلاحية منذ عام ١٨٧٤ ولكن ميدان نشاطها محدود فلا تملك النظر في القوانين الصادرة عن مجلس الاتحاد ولا في القرارات الصادرة عنه والتي تكون ذات امتداد شامل ، وأما تنظر في دستورية القوانين الصادرة عن المجالس التشريعية للكانتونات وهي الدول المنضمة المكونة للاتحاد السويسري ، فترى أن كانت هذه القوانين منطبقة على دستير الكانتونات أو على دستور الاتحاد وتتوسع المحكمة في قبول الدعوى حتى من الأجانب إن كانت القوانين المشكومنها تمسهم وتتعارض مع الدستور وتقبل المحكمة في القوانين العامة الطعن بها من أي مواطن كان لأن هذا إنما يتم لمنفعة الدستور ويشترط أن تقدم الدعوى خلال ستين يوما ولا يكلف صاحبها دفع أي رسم فإذا حكمت المحكمة بالقضاء القانون كان حكمها شاملا عاما تجاه الجميع .

ومثل سويسرا في هذا الصدد كوبا منذ عام ١٩٣٤ وهمايتي منذ عام ١٩٢٨ وفنزويلا - منذ عام ١٩٣١ الخ . . .

ب- ومن الدول ما تقيم محكمة خاصة للنظر في مراقبة دستورية القانون عن طريق الدعوى ، وهذا ما كان عليه دستور النمسا لعام ١٩٢٠ المعدل عام ١٩٢٩ الذي أنشأ ((محكمة المعدل الدستورية)) ولكن حق اقامة الدعوى لم يكن فيها للأفراد بل لحكومة الاتحاد النمساوي بحكومات الدول المنضمة اولهذه ضد الأولى . ولم تكن فيما عدا ذلك تنظر في القضاء القانون لمصلحة الأفراد إلا إذا جاءها طلب القضاء عن طريق المحكمة العليا ، أعلى محكمة عادية في البلاد أو عن طريق محكمة المعدل الإدارية فيها إذا كان هذا القانون يتعلق بالنزاع المعروف على إحدى هاتين المحكمتين فأرادت أن تحقق من دستورية القانون قبل تطبيقه على

النزاع بين الأفراد المتداعين ، وقد عرفت تشيكوسلوفاكيا محكمة دستورية في أول دستور لها عام ١٩٢٠ وكذلك الجمهورية الأسبانية في دستورها عام ١٩٣١ الخ
ج - وفي جميع الأحوال حين يؤخذ بأسلوب المراقبة بطريقة الدعوى ينبغي أن ينص الدستور صراحة على هذه المراقبة وأن يعين المحكمة التي تنظر فيها ومدى صلاحيتها والأصول التي تتبعها فإذا رأت المحكمة أن القانون غير دستوري حكمت بإلغائه فيفدوا كأن لم يكن ويسرى مفعول الإلغاء على الجميع وتكون له قوة ((القضية المقضية)) .

VOIE D'EXCEPTION

٢- المراقبة بطريقة الدفع امام المحاكم العادية :

ان المراقبة بطريقة الدفع أسبق ظهورا من المراقبة بطريقة الدعوى . وقد نهجت عليها المحاكم الأميركية منذ مطلع القرن التاسع عشر ورقم أن لها نقائصها فأنها أفضل عمليا من المراقبة بطريقة الدعوى من وجوه عدة .

فالمراقبة بطريقة الدعوى أُنامت الفرد في وجه السلطات السامة يطلب إلغاء القانون إلغاء عاما شاملا لأنه يدفع عن حقوقه كغيره ، في حين أن الأصل ان السلطات العامة إنما تقوم لحماية حقوق الأفراد المضمونة بالدستور ، وأُنامت القضاء في وجه البرلمان فإذا هو يلغي قراراته إلغاء حتى ليوشك أن يقع معه في نزاع مستطير . ولئن كان احداث محكمة دستورية رفيعه ذات سلطة خاصة عظمى يعدل من ذلك فتكون المراقبة في يد هذا الجهاز الدستوري المرموق بين السلطات الدستورية ، فإن بقاء المحكمة رهن بقاء الدستور فإذا زال تزول وتذهب معها مراقبة دستورية القوانين .

ولهذا تفضل المراقبة بطريقة الدفع فهي لا تتوول الى إلغاء القانون إلغاء عاما شاملا وإنما يكون للحكم الصادر فيها قوة ((القضية المقضية)) النسبية وهي لا تثير نزاعا سافرا بين القاضي والمشرع . وهي في يد الأفراد يثيرونها كلما تعرضوا لتهديد أحد القوانين ولجوؤهم اليها اسهل وأيسر فتكون حقوقهم مضمونة عن طريق الدفع بحماية كافية منتجة أكثر من تلك التي يأتي بها الدستور حين ينص على المراقبة بطريقة الدعوى . فالمراقبة بطريقة الدفع لا تحتاج الى نص في الدستور ولعلها كانت لذلك أسبق الى الظهور من المراقبة بطريقة الدعوى .

فالمراقبة بطريقة الدفع ليست طريقة مباشرة ضد القانون إذ لا تكون هنا أمام دعوى أصلية يقيمها صاحبها أمام محكمة مختصة لدطعن بدستورية القانون وإنما نكون هنا أمام دعوى عادية تراها المحاكم العادية على ضوء القانون الذي يطبق في الحالات المماثلة لها . فقد يرى المدعى عليه مثلا أن الحكم بهذا القانون سيكون ضد مصلحته فيفرض عليه عقوبة ما أو يرى أحد الطرفين في الدعوى أن يقوى موقفه إزاء خصمه فيصمد له فأثلا أن القانون الذي يطلب الخصم تطبيقه مشوب باللامستورية .

ويمكن القول ان هذا الدفع يشبه سائر الدفوع الأخرى التي تعرض أمام المحاكم أثناء - نظرها في الدعاوى التي بين يديها حين يثار أمر التنازع بين القوانين والأنظمة مثلا أو بين القانون الوطني والقانون الأجنبي . أو بين قانون الدولة الاتحادية وقانون إحدى الدول المندمجة فيها ، فطريقة الدفع بعدم دستورية القانون تثير تنازعا بين الدستور والقانون : ان الحق العام في الدعاوى الجزائية مثلا يطلب تطبيق قانون معين أو أن أحد الطرفين في أى دعوى مدنية أو جزائية يطلب تطبيق القانون فيثير الطرف الثاني الدستور في وجه القانون . فينظر القاضي آنئذ ما اذا كانت القضية المعروضة أمامه تتصل بالدستور فإذا كان فيه ما يمسهما ويطبق عليها ويختلف مع القانون رجع الدستور على القانون والقاضي في هذه الحال لا يلغي القانون بل يكتفي بعدم تطبيقه على النزاع المبرور عليه ويبقى القانون قائما من الوجهة الحقوقية . فلا يجبر المشرع على إعادة النظر فيه ويبقى في وسع الإدارة أن تستمر على تطبيقه تجاه الأفراد الآخرين حتى يثير هوؤلاء الأفراد بدورهم أمام القاضي عند النزاع مع الإدارة وبطريقة الدفع عدم دستورية القانون هذا وأن حكم محكمة ما لا يلزم بغية المحاكم بمعنى أن الامتناع عن تطبيق قانون بحجة عدم دستوريته لا يفيد المحاكم الأخرى قانونا بل ولا يقيد نفس هذه المحكمة بقضية مماثلة بل يصح ان تعدل عن رأيها الأول وتقرر عدم مخالفة هذا القانون للدستور وبذلك تطبقه في القضايا اللاحقة وعليه فالقانون يظل قائما حتى يلغيه أو يعدله قانون آخر . ولكن هذا أمر نظري بحث يخالف الواقع العملي ذلك أنه رغم قيام القانون من الناحية القانونية - لا تطبقه المحكمة التي تعتقد عدم دستوريته ، وقد تتسع دائرة الامتناع عن تطبيق ذلك القانون وخصوصا اذا ما صدر الحكم بعدم دستوريته أو دستورية القانون من محكمة عليا (كمحكمة التمييز) لأنه لا يروق للمحاكم المعارضة في ذلك أن ترى أحكامها تتكسر على نوس المحكمة العليا اذا - ثبت لهذه المحكمة اللامستورية في قانون ما أو الدستورية والحق ان آراء هذه المحكمة تفيد

سائر المحاكم فهنا يكون الحكم الصادر بعدم دستورية القانون سببا في دفن القانون . والحكم الصادر بدستوريته سببا في حياة القانون .

ويكفي ان يثير احد المتداعين حكم هذه المحكمة الرفيعة التي تتوج القضاء العادي ليظفر بما يريد وقد ثبت بالتعامل الذي جرت عليه الولايات المتحدة الاميركية ان المراتبة بطريقة الدفع توهم بشكل عام الى عدم تطبيق القانون وتنتهي الى مفعول الألغاء من حيث النتيجة . وقد لوحظ أحيانا اسراف بعض المحاكم العادية الاميركية في مرانبة دستورية القوانين (بطريقة الدفع) بل واسراف المحكمة الاتحادية العليا نفسها مما اثار سخط كل من السلطات التشريعية والتنفيذية وحمل الرئيس روزفلت عام ١٩٣٧ على السعي الى تعديل نظام هذه المحكمة الأخيرة التي عرقلت الكثير من مشروعاته والى تقييد سلطاتها في هذا الشأن ان قال : (ان حكومة الولايات المتحدة يجب ان تكون حكومة قوانين لا حكومة قضاة) وخصوصا بعض محاكم الدويلات الاميركية حيث القضاة معينون بطريق الانتخاب فلقد حكم مثلا بعدم دستورية القوانين لمجرد الخطأ في عنوانها .

ولذلك لاحظ العلامة (ايسمن) - كما ذكرنا - انه يجب لتحويل المحاكم هذه السلطة ان يكون قضائيا على جانب كبير من النزاهة والكفاءة والحكمة وحسن التصرف .

هذا ومهما يكن من أمر فان لهذه الطريقة فضلها العظيم وفوائدها الجليلة من حيث اجبارها البرلمان على احترام الدستور ورعاية حقوق الافراد والجماعات وقد أخذت بهذه الطريقة خلا امريكا دول أخرى ذلك ان نجاح اسلوب مرانبة دستورية القوانين بطريقة الدفع في الولايات المتحدة قد اوحى للدول الأخرى باتباعه فأذا منها ما تنص عليه في دستورها ومنها ما تنهج عليه محاكمها دون نص صريح في دستورها . فمن الدساتير التي تنص على هذه المراقبة الدستور الأرجنتيني لعام ١٨٦٠ وكذلك دستور البرازيل لعام ١٨٩١ ودستور

رومانيا لعام ١٩٢٣ وانما مع شيء من التحوير ان هنا يحصل الدفع بعدم دستورية القانون امام المحكمة العادية ولكن تفصل فيه محكمة خاصة هي المحكمة العليا (محكمة التمييز) التي تنظر كل حالة على حده دون الغاء القانون كقاعده عامة . وكذلك نص على هذه المراقبة صراحة في

دستور البرتغال لعام ١٩٣٣ " دستور ايرلندا لعام ١٩٣٧ .

اما الدول التي طبقت هذه المراقبة دون نص صريح عليها في الدستور فمنها كندا واستراليا واتحاد جنوب افريقيا - وكل منها دولة اتحادية - وهناك بين الدول الوحيدة اليونان والنرويج

وكانتونات سويسرا فهي تطبق المراقبة بطريقة الدفع رغم أن الدستور لم ينص عليها -
فالمحاكم قد قررت لنفسها هذا الحق على أساس أنه لم يرد نص يحرمها منه . فمحاكم
المقاطعات في الولايات المتحدة الأمريكية عندما تعرضت لبحث دستورية القوانين لم تكن
لتمسك في ذلك إلى نص صريح . وقد حاولت مصر إثر دستور ١٩٢٣ أن تنظر في مراقبة
دستورية القوانين رغم انعدام النص الصريح ^{وقد} نجحت في هذه المحاولة .
ب- الأساليب الأخرى في مراقبة دستورية القوانين :

بيئاً حتى الآن الأساليب التي تجرى فيها مراقبة دستورية القوانين على يد هيئة سياسية
أعلى يد هيئة قضائية وتكون في هذه الحالة الثانية بطريقة الدعوى أو الدفع وقد رأينا
أمثلة للدول التي نهجت على المراقبة بأحد أشكالها . على أن ثمة دولاً أخرى لا تأخذ
بمراقبة الدستورية فتكون هذه مفقودة عندها وذلك شأن فرنسا قبل دستور ١٩٤٦ وسورية قبل
دستور ١٩٥٠ أو أن تكون المراقبة قبل صدور القانون أي حين يكون مشروع قانون قيد الدرس
أو قبيل التصديق . وهذا شأن فرنسا بعد ١٩٤٦ وسورية في ظل دستورها لعام ١٩٥٠ .
١- فقدان المراقبة بعد صدور القوانين :

أن الدول التي لا تعرف أثراً لمراقبة دستورية القوانين هي الدول التي لا ينص دستورها
على إمكان المراقبة ولا يأتي القضاء بالتالي فيقبل الدعوى أو الدفع بعدم دستورية القوانين - بل
يعلن عدم اختصاصه بالنظر في ذلك .
وعلى هذا فإن فقدان مراقبة دستورية القوانين هو امتناع القضاء عن النظر في دستورية القانون
من الوجهة الداخلية أي من حيث نفاذه وموضوعه . وقد سبق أن نوهنا بأن الفقهاء يميزون بين
الظعن في دستورية القانون من حيث شكله الخارجي . والظعن في دستوريته من حيث نفاذه
وموضوعه حيث أن الظعن في دستورية القانون من حيث الشكل الخارجي يكون حين لا يستكمل
القانون كافة الشروط المنصوص عنها في الدستور لصدوره . ومن المسلم به قضاءاً وفقهاً في سائر
الدول دون خلاف يستحق الذكر أنه من حق المحاكم أن تنظر في الظعن بدستورية القانون
الذي لم يستجمع الشروط الدستورية كأن ينشر في الجريدة الرسمية على الرغم من تعارض النصين
المصدقين الأول في مجلس الشيوخ - والثاني في مجلس النواب - حيث كان الدستور الفرنسي
لعام ١٨٧٥ مثلاً يفترض في القانون .

- ١- ان يصدقه المجلسان . مجلس الشيوخ ومجلس النواب فيصدر عنهما في صيغة موحدة ولا يكون ثمة خلاف بين النص الذي اقره المجلس الاول وبين النص الذي اقره المجلس الثاني .
 - ٢- ان يصدر في دورات قانونية عامة .
 - ٣- وانما كان يتصل بالشؤون المالية وجب ان يعرض أولا على مجلس النواب ويصدق منه .
 - ٤- ان يصدق وينشر في الجريدة الرسمية .
- والحقيقة ان القانون المشوب بحيب الالادستورية في شكله لا يحمل صفة القانون من اصله فكأنه لم يكن بالمره ولهذا يقول (لافرير) انه لا مجال للقول بالدستورية او عدمها في هذه الحال ، وانما ينظر ان كان القانون موجودا بصورة حقوقية أم غير موجود وعمل المحاكم هنا هو التحقيق عن وجود القانون L'EXISTENCE. DE. LA LOI لاعن دستورية القانون .))
- فلنا ان فقدان المراقبة الدستورية يعني امتناع القضاة عن النظر في دستورية القوانين من الوجهة الداخلية أي من حيث فحواه وموضوعه . وعليه فهم يلتزمون حدودهم كسلطة قضائية لا تريد التعدي على السلطة التشريعية ولا تريد ان تجعل من نفسها سلطة متفوقة على سائر السلطات في الدولة قائمة فوق الإرادة القومية التي تبرز من خلال النظام التمثيلي الذي يعطي ممثلي الشعب ، صاحب الإرادة القومية حق وضع القوانين . وهذا ما كانت عليه فرنسا بمقتضى دستورها لعام ١٨٧٥ وكذلك سوريا بمقتضى دستورها لعام ١٩٣٠ .
- ٢- مراقبة دستورية القوانين قبل صدورها :

رأينا حتى الآن الحالات التي ينظر فيها في مراقبة دستورية القوانين التي تستكمل عناصر وجوده الحقوقي ولكن يحضر الدول تحتناظ للأمر قبل وقوعه فتدظر في دستورية القانون قبل أن يستكمل الشروط التي تجعل منه قانونا نافذا كأن تنظر في أمر دستوريه قبل ان يصدقه رئيس الجمهورية في الفترة الواقعة بين التصويت على مشروع القانون لد المجلس وقراره وبين ختام المدة المعطاة لرئيس الجمهورية من أجل توقيع القانون ونشره وفي ذلك اسلوبان اسلوب المراقبة على يد هيئة قضائية واسلوب المراقبة على يد هيئة سياسية . ففي الاسلوب الذي يعطى المراقبة الى هيئة سياسية كما في الدستور الفرنسي الجديد لعام ١٩٤٦ . وفي الاسلوب الذي يعطى هذه المراقبة الى هيئة قضائية كما في الدستور السوري لعام ١٩٥٠ وهذا ما سنشرحه بالتفصيل عند دراسة دستورية القوانين في كل من فرنسا وسوريا .

ففي فرنسا نص دستور عام ١٩٤٦ في المواد ١١ و ١٢ و ١٣ على أحداث هيئة
سياسية خاصة اسماها اللجنة الدستورية • LE.COMITE.CONSTITUTIONNEL
برئاسة رئيس الجمهورية وعشوية رئيس الجمعية الوطنية (مجلس النواب) ورئيس
مجلس الجمهورية وسبعة تنتخبهم الجمعية الوطنية في مطلع كل دورة سنوية ومهمة
عند اللجنة ان تنظر فيما اذا كانت القوانين التي تصوت عليها الجمعية الوطنية
تقتضي تعديل الدستور، وهكذا تنظر هذه الهيئة السياسية في دستورية القانون
تحت مظهر جديد هو تعديل الدستور بخية اماكن اقرار القانون •
اما في سوريا فقد احدث الدستور الصادر في عام ١٩٥٠ محكمة دستورية سماها
المحكمة العليا وهي تؤولف من سبعة اعضاء ينتخبهم مجلس النواب وأعطاهم صلاحيات
مختلفة من بينها النظر في دستورية القوانين قبل اصدارها • (وسنعود الى تفصيل
ذلك فيما بعد) •

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

الباب الثاني : الوقائع العملية لدستورية القوانين

الفصل الأول

((دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية))

توطئة :

تقدم الولايات المتحدة أبرز مثال في مبحث دستورية القوانين . وتعد الولايات المتحدة من بدستورية القوانين ، ففيها نشأت هذه الفكرة وترعرعت . وقد استطاعت السلطة القضائية في أميركا بما تتمتع من منزلة رفيعة واحترام كبير ان تتصرف بأخص خصائص وظيفتها وهي البحث عن القانون الواجب التطبيق وتطبيقه فعلا .

١- نشأة مبدأ رقابة المحاكم لدستورية القوانين وتطويرها :

ان دستور الاتحاد لعام ١٧٨٧ لا يضمن على طريقه معينة لمراقبة دستورية القوانين . ولكن الأميركيين يمتدبون إليها من استقراء بعض النصوص الدستورية . ويذهبون الى أن هذه المراقبة بطبيعتها من اختصاص السلطة القضائية ويرون أن المحكمة اذا ما طرح عليها نزاع لها أن ترفض تطبيق قانون يطالب بتطبيقه أحد الخصوم مادام هذا القانون مخالفا للدستور .

وهذا الحق للقضاء واضح بطلاناً من بعض نصوص دستور الولايات المتحدة كالنص القائل (ان صلاحيات السلطة القضائية تمتد الى سائر القضايا التي تستمد قوتها من الدستور والقوانين والمعاهدات النافذة) والنص القائل (ان الدستور الاتحادي والقوانين الصادرة - تطبيقاً لأحكامه هي التي تلزم القاضي ولو تعارضت معها دساتير الولايات وقوانينها) . فكان واضحاً الدستور الاتحادي عام ١٧٨٧ قد فسدوا الى اعطاء القضاة صلاحية النظر في انطباق القوانين على الدستور . ولا شك في أن هذه هي نتيجة طبيعية للدساتير المكتوبة ، والآ أمبحت السلطة التشريعية والسلطة التنفيذية مطلقتي السيادة رغم الحدود التي وضعها الدستور . ويديهي ان تؤدي هذه الحالة الى تجاوز خطر في الاختصاص دون أن يكون لها أي علاج . ومن الوجهة العملية فإن استبداد البرلمان سيسود كما هو الحال في البرلمان الإنكليزي . وعلى هذا استقر الرأي في أميركا أي على حق السلطة القضائية عموماً في تقرير دستورية القوانين التي تصدر عليها .

على أن ثمة عاملين قويين مبدأ لقبول مراقبة دستورية القوانين . أما السائل الأول فهو الشكل الاتحادي للدولة الأميركية وقد كان الفرز الأول لدستور الاتحاد أن يوزع الصلاحيات

بين السلطة الاتحادية المركزية وبين الولايات المنضمة على تشريع كل من الاتحاد والولايات المنضمة ضرورية لضمان الحفاظ على توزيع الصلاحيات وفق ما نص عليه الدستور . وأما الحاصل الثاني فيعود الى التاريخ ، فالمستعمرات الأنكليزية في أمريكا الشمالية ، وهي الأصل في نشوء الولايات المتحدة كانت تملك بصورة عامة سلطة تشريعية خاصة بها ولكنها محدودة بالحدود الصادر عن التاج البريطاني والذي كان يسمح بتأسيس المستعمره . وكل قانون صادر عن المستعمرة يتجاوز حدود هذا الحد . كان قابلا للتدخل أمام المجلس الخاص للملك PRIVY. COUNCIL وهكذا نشأت هذه الفكرة فكرة الدستور المحدود والمراقبة الحقيقية للقوانين المخالفة له . فلماذا أعلنت هذه المستعمرات استقلالها وقبل ان تضع دستور الاتحاد فان محاكمها الخاصة اتخذت لنفسها بدلا من مجلس الملك حق النظر في دستورية القوانين وهذا ما درجت عليه وتعد اكثر هذه الولايات المتحدة المستقلة .

ولما بدأت الدولة الاتحادية حياتها لم تتردد المحكمة العليا - وهي أعلى محكمة في البلاد في تأكيد سلطة القضاء الأميركي وفي مراقبة دستورية القوانين بأقوى صور التأكيد . على أن أول حادث وقع في تاريخ دستورية القوانين في الولايات المتحدة كان ذلك في مقاطعة (رود آيلند) RHODE. ISLAND عام ١٧٨٦ أي قبل انشاء المحكمة الاتحادية العليا وتفسير ذلك أن محكمة الولاية المذكوره رفضت تطبيق قانون أصدره البرلمان بحجة أنه مخالف لدستور الولاية . وقد اثار هذا الحكم استياء أهالي المقاطعة واتخذ سببا لانضمام - IMPEACHMENT القضاء ولما كان القضاء يتولون مناصبهم عن طريق الانتخاب فقد كسوف الشعب عند تجديد انتخاب القضاء عن انتخاب اولئك الذين رفضوا تطبيق القانون فسي ذلك الحادث .

ولاشك في اثر هذا الحادث على تطور المبدأ المذكور . وقد يكون هو السبب في كسوف المحاكم عن الاخذ به مدة طويلة .

FEDERAL SUPREME COURT

وأعقب هذا تأليف المحكمة الاتحادية العليا وهي أعلى محكمة في البلاد وأحكاما نيابية . وليسرمة محكمة أخرى تستأنف إليها الأحكام ومع أن الكونغرس لم ينشئ المحكمة العليا فان له ان يجيز قوانين مختلفة بشأن نظامها وعملها .

والكونغرس CONGRESS يقرر من حين إلى آخر كم يكون عدد من فيينا من قضاة ومكم تكون رواتبهم والرئيس يختار القضاة حين يخلو كرسي في المحكمة ومجلس الشيوخ يوافق . وفي حدود معينة يقرر الكونغرس ماهي القضايا التي تحكم فيها المحكمة العليا . ومع ذلك فلا يمكن الكونغرس أن يغير شيئاً من السلطات التي منحها الدستور .

والمحكمة الاتحادية العليا اليوم مؤلفة من ٩ قضاة : رئيس CHIEF. JUSTICE وثمانية ASSOCIATE. JUSTICE قضاة

وعندما عرضت القضية الأولى في تاريخ هذه المحكمة عام ١٨٠٣ وهي قضية (ماربوري) - MARBURY ضد (ماديسون) MADISON أصدرت المحكمة برئاسة القاضي (مارشال) MARSHAL حكماً الذي قررت فيه حق المحاكم في نظر دستورية القوانين ، وقد بررت المحكمة تقريرها لهذا المبدأ على الوضع الآتي :

((أن واجب القاضي هو تطبيق القانون ، ولكن عليه التحقق أولاً من وجود القانون المراد تطبيقه . ولا شك في عدم وجود قانون اذا ما اتضح أن النصوص المعتبرة قانوناً مخالفة - للدستور الذي هو القانون الأعلى المظلم للسلطات الثلاث التي يجب عليها أن تمارس سلطاتها في الحدود التي افرضا الشعب صاحب السلطة العليا . والذي وضعت ارادته بالحدود المبينة في الدستور . والواقع أنه لا اعتدأ في ذلك من أي سلطة على الأخرى لأن السلطة القضائية في هذه الحالة لا تتعدى ممارسة وظيفتها الا وهي تطبيق القانون))

وقد اعلن (مارشال) نفسه ان سلطة القضاة في التحقق من دستورية القوانين تنجم بشكل طبيعي وشروري عن اجتماع فكرتين هما اساس التنظيم الدستوري للولايات المتحدة : دور السلطة القضائية ومفهوم الدستور الصلب . ان مهمة القاضي هي ان يطبق حقوق البلاد على القضايا المعروضة امامه . فأذا كانت هذه الحقوق في نفس القضية تتألف من عدة قواعد متنافرة فيما بينها فإن القاضي يكون أمام تنازع بين القوانين وعليه ان يحل هذا التنازع ولما كانت حقوق البلاد تضم الدستور وكان المبدأ الاكيد هو تفوق الدستور على القانون العادي ، فإنه اذا وجد القاضي في احدى الدعاوى ان ثمة تعارضاً بين القانون الدستوري والقانون العادي فإن عليه ان يعمل على تطبيق القانون الأعلى أي القانون الدستوري .

وبكذا أصبح من حق المحكمة الاتحادية العليا في الولايات المتحدة ان تعلن عدم دستورية القوانين التي يسنها البرلمان الأمريكي وان ترفض تطبيقها كذلك يكون هذا الاختصاص مسن حق المحاكم العادية في كل ولاية من الولايات المتحدة بمعنى أن يكون لمحاكم كـ

ولاية الحق في رفض تطبيق قانون اقره برلمان الولاية اذا كان معارضا للدستور . ولاحظ ان حق المحاكم هذا اعترف به وطبقته الدويلات الداخلة في الاتحاد قبل أن يطبق في الاتحاد نفسه . على أن المحكمة الاتحادية العليا قد وقت مرتقفا متحفظا في البداية فلم تغذر بعدم الدستورية خلال خمسة وسبعين عاما (١٧٨٦ - ١٨٦٤) الا في صدد قانونين ثم ففرت هذه النسبة صعودا (من ١٨٦٤ الى ١٩٠٦ : ٢٨ قانونا) وبخاصة حين حاولت السلطة الاتحادية وحاولت سلطات الولايات التشريعية أن تتدخل اقتصاديا في حياة الأفراد فأذا المحكمة بين ١٩٠٦ و ١٩٣٥ تفضي بعدم دستوريه حوالي أربعين قانونا .

و قد وقت المحكمة العليا موقفا عدائيا في وجه القوانين التي استهدفت اصلاح الأوضاع الاجتماعية عن طريق الحد من حريات الأفراد الاقتصادية . ففقت بعدم دستورتها بحجج - اننا تؤثر في نتائج العقود . (عقود العمل) او تخالف الحرية او ملكية المواطنين . والحقيقة ان المحكمة كانت تفضي بمفاهيم اقتصادية واجتماعية غريبة من تلك المفاهيم التي كان يسعى المشرع الى تطبيقها في الدولة .

ويؤى (ايمن) ان المحاكم في الولايات المتحدة اصبح لها دور سياسي هام ودلل غلنيس ذلك ببعض الأمثلة فمن ذلك ما لجأت اليه المحكمة الاتحادية العليا وبعض محاكم الولايات في تفسير كثير من القوانين الخاصة بالعمل كقوانين منع العمل في بعض الايام بالنسبة لعمال محيينه (كالحلاقين يوم الأحد ونصف ايام الاعياد) وكالقوانين التي تحد ساعات العمل . فقد ذهبت المحاكم في بادئ الأمر الى اعتبار هذه القوانين غير دستورية لأن بعضها يتنافى مع حرية التعاقد ، وبعضها خاص بتشريع طائفي محدود التطبيق . أما المحاكم اليوم فقد اصبحت تميل الى اعتبار مثل هذه القوانين شرعية . اذا ما اتضح ضرورتها للحالة الاجتماعية وفي عام ١٩٢٠ تمسك اتحاد المقطرين امام المحكمة الاتحادية العليا بعدم دستورية التعديل الثامن عشر الخاص بتحريم الخمر ، لأن فيه توسعا للسلطة التشريعية الاتحادية الا أن المحكمة المذكورة رفضت هذا الدافع .

وكذلك فقد اسرفت بعض المحاكم في الدويلات - على الخصوص في الدويلات حيث القضاة منتخبون - في استعمال سلطتها هذه ففقت مثلا احدي هذه المحاكم بعدم دستورية بعض القوانين لمخطا في العنوان . وتوسعت المحكمة العليا الاتحادية نفسيا في معنى عدم الدستورية لدرجة اثارت الثقة وسخط كل من السلطتين التنفيذية والتشريعية عليها . خصوصا

وان بعض الأحكام التي أصدرتها هذه المحكمة بعدم الدستورية لم تصدر منها إلا بأغلبية خمس أصوات ضد أربعة . أى بأغلبية صوت واحد فقط . وهكذا يمكن لخمسة قضاة أن يعطلوا قانونا صادرا من الكونغرس (البرلمان الاتحادي) لذلك اقترح أحد أعضاء مجلس الشيوخ الأميركي الشيخ (وليم بواره) في عام ١٩٢٣ تعديل الدستور والنسب فيه على أنه لا يمكن للمحكمة الاتحادية العليا القضاء بعدم دستورية قانون صادر من البرلمان الاتحادي إلا بأغلبية سبعة أصوات من تسعة على الأقل .

ومنذ أوائل القرن الحالي كان نصيب عدد كبير من القوانين الاجتماعية والاقتصادية (كالقوانين المحددة لساعات العمل أو المقررة لحد أدنى لأجور العمال الخ ٠٠٠) التي وضعها البرلمان الاتحادي (الكونغرس) الفشل الذريع وذلك لقضاء المحكمة الاتحادية العليا بعدم دستورتها .

وقد أخذ أعداء المحكمة العليا عليها أنها لم تحكم قضاء يلفظ قواعد الحقوق . ولكن كهيئة تشريعية نالته اتخذت لنفسها حق إعادة النظر في التشريعات الصادرة عن الجمعيات المنتخبة من الشعب واستخدمت حق النقض الذي بيدها ضد القوانين التي لا تتفق ومفاهيمها الخاصة ، وهكذا تغير وجه التنظيم الدستوري في البلاد فلم تعد السلطة العليا في يد الرئيس ولا في يد الكونغرس بل في يد قبضة من الرجال وراء قوس المحكمة العليا وأمام هذه الأقطعية القضائية .

OLIGARCHIE, JUDICIAIRE أصبح الحكم في الدولة حكم القضاة
GOUVERNEMENT. DES JUGES

وقد كان لهذه الانتقادات اثرها في الولايات المتحدة أوجت بمشروع تهدف الى تعديل تشكيل المحكمة العليا أو الى تحديد سلطاتها وبخاصة حين قضت المحكمة بعدم دستورية فئة غير قليلة من القوانين التي أصدرها الرئيس روزفلت تطبيقا لسياسة نيوديل NEW DEAL القائمة على إعادة تنظيم العلاقات بين رأس المال والعمل كالقوانين المهنية ومساعدة المزارعين الخ . . . وتنفيذا لبرنامج (الأعاش الاقتصادية) الذي كرس لوضعه وتنفيذه مدة رئاسته الأولى ولذا صمم الرئيس روزفلت منذ اعادته انتخابه في عام ١٩٣٧ - لمدة أربع سنوات أخرى - على السعي لتعديل نظام المحكمة الاتحادية العليا بقصد تقييد سلطاتها في فحوص دستورية القوانين .

وقد اذاع الرئيس روزفلت في ١٠ مايس من عام ١٩٣٧ خطابا بالراديو على الامملا اميريكيه انتقد فيه حكم المحكمة الاتحادية العليا في القوانين والدستور جاء فيه :

ان حكومة الولايات المتحدة يجب أن تكون حكومة قوانين لا حكومة قضاة . أننا لانستطيع تسليم
مسيرنا الدستوري الى رأى بشعة رجال يخشون على المستقبل فينكرون علينا الوسائل الضرورية
لمعالجة الحاضر . ان المحكمة لم تكن تحصل كهيئة قضائية بل كهيئة سياسية والصعوبة لم تنشأ
من المحكمة بصفتها هيئة بل من أعضائها) .

وقد طلب الرئيس روزفلت من البرلمان الاتحادي الإسراع في درس مشروع الإصلاح القضائي
الذي يسمح للرئيس بأحالة القضاة على المعاش في سن السبعين
ومما يكن من أمر فيجب أن لاتنسينا الصيوب المتكدمه الفوائد الجليله المترتبة على سلطنة
المحاكم . في رقابة القوانين . فالرقابة المذكورة هي الطريقة العملية الفاجعة لحمل البرلمان
نفسه على احترام الدستور وحماية الأفراد ضد القوانين الجائرة .
ونغم هذه النبذة بذكر اصول الطعن بدستورية القوانين أمام المحاكم ثم يبحث في
الرقابة للسلطة القضائية على دستورية القوانين في الولايات المتحدة .
اصول الطعن بدستورية القوانين أمام المحاكم الأمريكية :

ان نظر المحاكم في دستورية القانون ليس حقا خاصا بها تمارسه بمحدر ارادتها وإنما هو
حق مفيد بأوجه الدفاع التي يبديها الخصوم في النزاع المطروح أمامها . وبعبارة أخرى
ان المحاكم في الولايات المتحدة لاتنظر في الطعن بدستورية القوانين بصفة أصلية بل
بطريق الدفع الفرعي . PAR.VOIE.D'EXCEPTION أمام المحاكم العادية وأثناء النظر في الدعوى
فإذا عوكم الشخص مثلا لمخالفته لقانون من القوانين ودفع هذا الشخص أثناء محاكمته بعدم
دستورية القانون الذي يحاكم من أجله . فللمحكمة التي تنظر الدعوى فحص هذا الدفع الفرعي
وبالتالي فحص دستورية القانون محل النزاع فإذا ثبت لديها أنه مخالف للدستور حقيقيا
امتدعت عن تطبيقه وبرأت الشخص المحاكم من أجل هذا القانون .

وتجدر الملاحظة على أن المحاكم في أمريكا يتسلسل درجات كل منها ، مهما تكن طبيعتها
و درجاتها تملك حق النظر في دستورية القوانين .

(١) فالمحاكم الاتحادية تنظر في دستورية القوانين الاتحادية بالنسبة الى دستور الاتحاد -
ومحاكم الولايات تنظر في دستورية قوانين الولايات على ضوء دستور الولاية ودستور الاتحاد
لأن دستور الاتحاد يسمو على دستير الولايات ويحدد بالضرورة السلطة التشريعية القائمة

في الولايات نفسها ، وتقوم من فوق هذا الجهاز القضائي كده المحكمة العليا التي تنظر في التطبيقات التي عمدت اليها سائر المحاكم الأخرى للدستور الأتحادي والمحكمة العليا تنظر استثناء أو تمييزاً في أكثر القضايا ، كما أنها تكون مختصة بالدرجة الأولى والأخيرة في بعض الأمور وهي في جميع الأحوال الناظم الأول لمراقبه دستوريه القوانين ، وتستهدف هذه المراقبة هدفاً مزدوجاً :

أ- توافق قوانين الأتحاد أو قوانين الولايات مع نصوص الدستور الأتحادي التي تنظم توزيع السلطات بين مركز الأتحاد وبين سائر الولايات .

ب- انطباق التشريع على النصوص الدستورية المتعلقة بحقوق الأفراد . فهي إذن ضمانه للنموذج الأتحادي القائم وضمانه للحريات الفردية .

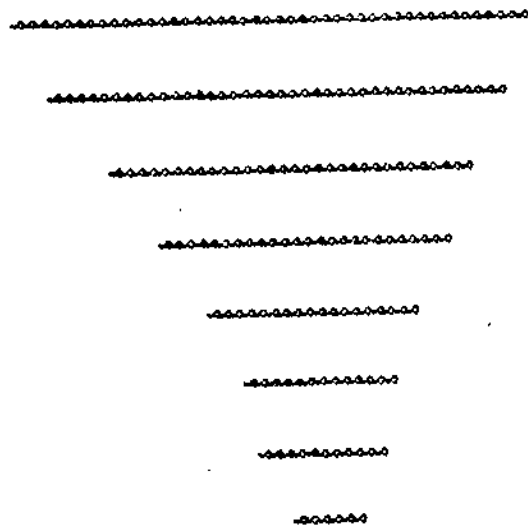
٢) والمحاكم الأميركية لاتلغي القانون الذي تعترف بعدم دستوريته بل تلتزم الامتناع عن تطبيقه على القضية المعروضة أمامها ، وهذا الحكم لا يحمل إلا القوة النسبية للقضية المفترضة فالمحكمة التي أصدرته هي نفسها تستطيع الرجوع عنه في قضية أخرى أي أنها ترجع عن اجتهادها الأول فتعود فتقر دستورية القانون . ولكن المحاكم الدنيا ملزمة باتباع اجتهادات المحاكم الأعلى منها درجة فتكون هذه الاجتهادات بمثابة السوابق ذات القوة الأتزامية ولذلك فإن انتهاء أمر النزاع الى المحكمة العليا وبهذه المحكمة فيه وقرارها عدم دستورية القانون معناه في الحقيقة إلغاء القانون لأن احداً من ثم لا يطبق هذا القانون . ففي هذه الأحوال يبطل العمل بالقانون وتمتنع المجموعات التشريعية عن إعادة نشره في سلبها رغم أن المشرع لم يتخذ التدابير الأصولية الخاصة بالغاءه وللمشرع عندئذ أن يصدر قانوناً جديداً بعد أن يستبعد منه النصوص التي سببت الحكم بعدم دستورية القانون السابق . أما اذا أصر على ذلك القانون السابق فإنه لا بد له آنئذ من العمل أولاً على تعديل الدستور .

نقد رقابة السلطة القضائية على دستورية القوانين في الولايات المتحدة :

لقد وجه الفقهاء اعتراضاً عاماً على اسناد رقابة دستورية القوانين للسلطة القضائية في الولايات المتحدة ذلك لأنه يؤدي الى تطاول السلطة القضائية على السلطة التشريعية ولأنه يجعل منبأ سلطة سياسية أعلى من سلطة الأمة الممثلة في هيئاتها النيابية

وقد أجاب الأميركيون على هذا الاعتراض بأن هذه الرقابة ليس فيها أي اعتداء على السلطة التشريعية لأن المحكمة لاتلغي القانون بل ولاتعلن بطلانه ازاء الجميع وإنما تمتنع فقط عن

تطبيقه في النزاع المعروف عليها اذا كان مخالفا للدستور، وعلى ذلك فالسلطة القضائية لا تنظر من تلقاء نفسها في دستورية القوانين دون أن تكون امامها دعوى يطلب فيها أحد الخصوم تطبيق قانون غير دستوري - ويطلب الطرف الآخر عدم تطبيقه لمخالفته للدستور .
ومما يكن فأنه لا يمكن القول بأن السلطة القضائية تسبب اضطرابا بأيقافها ارادة الأمة الممثلة في مجلسها لأنها بهذه الرقابة لا تتعدى اختصاصها الذي يتناول بلاجها - كحل الإشكالات القانونية او بعبارة اخرى تعيين القانون الواجب التطبيق عند تعارض القوانين ومدى هي أنه اذا تعارض قانون عادي مع قانون دستوري فأن واجب القاضي الفصل بحسب القانون الاعلى أي القانون الدستوري . ومما يكن من أمر فان الشعب الأميركي واثق بحكمة القضاة وقد تدم وخبرتهم وان للقضاة منزلة رفيعة واحترام كبير . وعلى هذا الاساس استطاع قضاة المحكمة الاتحادية العليا بالولايات المتحدة ان يظلوا قائمين بهذه المهمة الجليلة



الفصل الثاني

- دستورية القوانين في الجمهورية الفرنسية -

توطئة : -----

لم تدع المحاكم في فرنسا مطلقاً ان لها الحق في ان تفصل في صحة او بطلان القانون ويرجع هذا الى قوة السلطة التشريعية وضعف السلطة القضائية ازاءها . فالمحاكم ليس لها البتة حق تقدير دستورية القوانين . فكل قانون صودق عليه من مجلس النواب ومجلس الشيوخ وامدحه رئيس الجمهورية يكون واجب الاحترام في المحاكم سواء كان موافقاً للدستور ام مخالفاً له فوظيفة القضاء ان يسي تطبيق القوانين لا الحكم عليها ، وان للمحاكم تفسير القوانين - الحادية وتطبيقها لا تفسير الدستور وتطبيقه . أما القواعد التي عينها الدستور للسلطة التشريعية فلا رقيب عليها سوى عمير اعضاء هذه السلطة ومسؤوليتهم الاذ بيه امام الامة .

على أنه يجدر بالملاحظ ان اعلان هذا المبدأ الذي سارت عليه المحاكم في فرنسا ليس يوماً هذا يعود الى المجلس التأسيسي الفرنسي عام ١٧٩٠ الذي كان متأثراً بذكريات البرلمانات الفرنسية القديمة (وهذا اسم المحاكم الحادية في فرنسا قبل الثورة) ومن عند التاريخ استمر العمل بهذا المبدأ واعتبر انه التطبيق الدقيق لمبدأ فصل السلطات التام .

دستورية القوانين بين الفقه والقضاء والتشريع :

ان فرنسا هي من الدول التي لا ينص دستورها على اماكن مراعاة دستورية القوانين ثم يأتي القضاء فلا يقبل الدعوى او الدفع بعدم دستورية القوانين بل يعلن عدم اختصاصه بالنظر في ذلك . اما الفقهاء في هذه الدول فتأخذهم الحيرة من موقف القضاء ويحاول بعضهم توجيهه نحو قبول الدفع فلا يقبل القضاء مع ذلك السير في هذه الوجة . ذلك لأن حرمة القانون مستمدة في فرنسا من اسباب تاريخية تظل اقوى في نظر الفكر العام من حجج الفقهاء والحقوقيين .

وتبدأ قصة مراعاة دستورية القوانين في فرنسا منذ القرن الثامن عشر عقب الثورة الفرنسية الكبرى فقد كان بين رجال الثورة فقهاء قالوا بضرورة وجود سلطة خاصة تكون وظيفتها إلغاء القوانين والأعمال المنافية للدستور ومن هؤلاء (سييس) الذي بين في خطبة كبرى القاها في مجلس العهد في ٢ تمديدورفي السنة الثالثة . ان دستورية القوانين نتيجة طبيعية وعملية لفصل السلطة التأسيسية عن السلطة الاستراعية . غير انه لم ير ان تكون السلطة

القضائية هي المحافظة على الدستور، وإنما رأى أن تقوم بهذه المحافظة هيئة خاصة سياسية تمثيلية فقد قال : ((اطلب قبل كل شيء وجود محلفين ممثلين للدستور في كل تعدد يطرأ عليه، فإذا كنتم تودون ان تحافظوا على الدستور وأن تحسروا كل عمل تمثيلي ضمن الدائرة المرسومة فالفوا هيئة محلفين للمدافعة عن الدستور)) .

ومن الفكرة التي ابداهما (سييس) على الوجه المذكور اقتبس دستور السنة الثامنة الفرنسي نظام مجلس الشيوخ المحافظ . فقد ندر هذا الدستور على أنه يحق لمجلس الشيوخ أن يبطل الأعمال التي تعرض عليه من قبل مجلس التريبونا TRIBUNAT او الحكومة لعدم دستوريتهما وعلى أن الفصل الأول ينشر كل قانون تصدره الهيئة الاستراعية في اليوم العاشر من تاريخ اصداره مالم يفرغ على مجلس الشيوخ قبل اليوم العاشر ان المرسوم المذكور غير دستوري - والذي كان يمكنه أن يهاجم القوانين الصادرة امام مجلس الشيوخ هو مجلس التريبونا وحده أي أنه كان لا يحق بحسب قانون السنة الثامنة لأفراد الأمة أن يدعوا بعدم دستورية القوانين امام مجلس الشيوخ المحافظ .

وقد حافظ مجلس الشيوخ المذكور على تلك الوظيفة في عهد الفصلية الدائمة وفي العهد الامبراطوري ولكنه لما انفي مجلس التريبونا في عام ١٨٥٧ لم يبق لأحد حق في عرض عدم دستورية القوانين على مجلس الشيوخ سوى اعضاء هذا المجلس والحكومة التي حصر أمر اقتراح القوانين في يدها .

والى مثل هذا النظام ذهب دستور عام ١٨٥٢ الفرنسي فقد جاء فيه :

((ان مجلس الشيوخ هو حارس العهد الأساسي والحرية العامة ، فلا يمكن نشر قانون قبل أن يعرض عليه . ومجلس الشيوخ يحول دون نشر القوانين المناقضة للدستور والدين والآداب - وحرية العبادات والحرية الفردية ومساواة ابناء الوطن امام القانون وحرمة التملك ومبدأ عدم امكان عزل القضاة كما أنه يمكنه ان يلغي كل الأعمال غير الدستورية التي يخبر بها من قبل الحكومة او من قبل ابناء الوطن))

ومع المجال الواسع الذي فتحتة هذه العبارة امام ابناء الوطن نشك في أنها كانت تشمل القوانين غير الدستورية التي يخبرون بها .

ولم يظن على بساط البحث المسألة القائلة بحق نظر المحكمة في دستورية القوانين وعدمه منذ سنت قوانين فرانس الدستورية في عام ١٨٧٥ وهي لا يمكن طرحها على كل حال . فإذا فصل الدستور الفرنسي السلطة الاستراعية عن السلطة التأسيسية وحظر على الهيئة الاستراعية

ان تصير القوانين الدستورية فإنه لم يحدد قط دائرة اعمال المشرع .
على أن عدم أخذ القضاء الفرنسي وبصير رجال الفقه بالحل الطبيعي وهو النظري الدستورية
القوانين يعود في الواقع الى وجود نصوص قانونية دستورية روى أنها تحول دون امكان -
القضاء الفرنسي النظري دستورية القوانين وأهم هذه القوانين هي :

١- القانون الصادر في مايس من عام ١٧٩٠ الذي ينص على أنه ليس للمحاكم بصفة مباشرة
او غير مباشرة أن تقوم بأى عمل من أعمال السلطة التشريعية ولا أن تمنع تنفيذ القوانين أو
ايقافها .

٢- القانون الدستوري الصادر في تشرين الأول من عام ١٧٩١ الذي ينص على أنه ليس -

للمحاكم ان تتدخل في أعمال السلطة التشريعية ولا أن تمنع تنفيذ القوانين أو ايقافها .

٣- المادة (١٢٧) من قانون العقوبات الفرنسي التي تنص على معاقبة الفئاة الذين يتدخلون
في أعمال السلطة التشريعية سواء بحمل أنظمة تتضمن محتويات تشريعية او بصدام تنفيذ
القوانين او بالتداول لمصرفة ما اذا كانت القوانين تنشر او تنفذ .

ولكل هذه الأسباب ظل القضاء امدا طويلا محافظا على مبدأ عدم التمهيص في دستورية

القوانين على أنه يمكننا القول بأن القانونان الأولان - وهما الأهم - ليسا في الواقع سوى

تطبيق طبيعي لمبدأ فصل السلطات والذي يجب على القاضي بمقتضاء النظر في دستورية

القوانين ، وعلى ذلك فلا يمكن الاستناد على هذين القانونيين للقول بأنهما يحرمان القاضي

من اختصاصه المفروض بحسب هذا المبدأ من النظر في دستورية القوانين . ولعل الأستاذ -

(بورجار) هو أول من نادى - من الفقهاء الفرنسيين - بحق المحاكم الفرنسية في نظر دستورية

القوانين ان كتب في عام ١٨٩٤ بأن واجب المحاكم عدم تطبيق قانون يقرر شرعيته CADENCE

لأنه يكون مخالفا للنص الدستوري الذي يمقتناه لا يمكن فرض التجربة الا بقانون صادر عن

البرلمان وأضاف (بورجار) بأن القاضي وقد اصبح أمام أحد امرين متناقضين اما الأخذ بالقانون

الدستوري او القانون العادي . وجب عليه الأخذ بالقانون الأعلى وهو الدستور .

ونذهب السلامه (جيز) الى أنه ليس للمحاكم -في حالة مخالفة قانون صادر من البرلمان

لنص دستوري - ان تطبق القانون المتعارض مع الدستور .

وقال (برتلبي) بأنه مادام قد أقر الشارع مبدأ فصل السلطات عن بعضها البعض فإنه -

يذلك قد اباح حتما للسلطة القضائية بطريقة طبيعية ومدطقية الحق في أن تبحث أولا فيما

اذا كان القانون مطابقا لأحكام الدستور أم لا .

وفي عام ١٩١٢ استعرض (جيز) و (بارتلي) هذه النظرية بشكل واف في الفتوى التي
قدمها الى شركة ترام بلدية (بوخارست) وقد جاء في هذه الفتوى :
((بحسب قواعد القانون العام والقانون الدستوري اذا اخذت دولة ما بنظام فصل القوانين
الدستورية عن القوانين العادية فانها بذلك تكون قد سنت مبدأ فصل السلطة التشريعية
عن السلطة التنفيذية وعن السلطة القضائية . ونظمت المحاكم لتكون مستقلة ، وبني على هذا الوضع
تمنح هذه المحاكم - كنتيجة طبيعية ومنطقية وبدون حاجة للنسب - حقا وواجب رفد
تطبيقها اذا تعارضت مع الدستور .))

وفي نفس الوقت ذهب الصميد (هوريو) في تعليقه على حكمي المحاكم الفرنسية الصادرين
في قضيتي وينكل (VINKELL) عام ١١٠٩ و تيشي (TICHIT) عام ١٩١٢ القاضيين بشرعية
عزل بعض مستخدمي البريد لاشرايهم دون اطلاعهم على (الدوسيه) وهو حق مقرر بالمسألة
(٤٥) من قانون عام ١٩١٥ ذهب في فكرة عدم دستورية القوانين الى درجة ابعد من سابقه
اذا رأى وجوب اعتبار كل قانون غير دستوري اذا كان يتعارض مع الدستور او كان ينتهك
على أي مبدأ أساسي لحياة الدولة . وعلى ذلك فكل قانون يقذف بشرعية اشراب الموظفين
يهدم حياة الدولة وبالتالي يجب على المحاكم الامتناع عن تطبيقه .

اما الصميد (دوكي) فقد كان يرى في مبدأ الأمر أن ليس للمحاكم حق نظير دستورية
القوانين الا أنه عاد أخيرا فأعترف بخطأ رأيه وبأنه يرى للأسباب السابقة وجوب امتناع المحاكم
عن تطبيق أي قانون اذا كان متعارفا مع القانون الأعلى وظل يدافع عن هذا الرأي بقوة واسباب
في جميع كتاباته .

اما (دويز) فإنه يرى بنقد (ايسمن) ان ليس للقاضي حق البحث في عدم دستورية القانون
عن مخالفته لقاعدة دستورية منصوص عليها بالدستور المكتوب لأن أحكام القانون الفرنسي
تحول دون ذلك . وقد رد (دوكي) عليه بقوله :

لما كان (دويز) يقوم بعدم الجواز للقاضي في تحييز عدم دستورية القوانين عن قاعدة دستورية
مستطوره بالدستور فإنه قد قرر بناء على ذلك ومن باب أولي بأنه ليس للقاضي أيضا حق البحث
في عدم دستورية قانون جاء مخالفا لقاعدة دستورية وان كانت غير مستطوره الا انها قاعدة دستورية
بحكم الجاهه ترجع لحق أعلى يحرس عليه كل نظام ديمقراطي .

فأذا صدر قانونا مخالفا لقاعدة مساواة الأفراد امام التكاليف العامة وبني فاعده لم ترد بنسب

صريح بالدستور ولكن يقول بها الحق الأعلى فأصبحت من الفواعل الدستورية بحكم العادة الدستورية . فإنه لا يجوز للقاضي أن يبحث في عدم الدستورية بحدده . ويقول (دوزير) بأنه وان كان لا بد من المراجعة على هذه المخالفة فلا يجوز أن تكون مرافقته قضائية . بل يجب أن تكون سياسية يجرى فيها الرأي العام بقدر يتناسب مع ما للمجني عليهم في ذلك القانون من الأثر والنفوذ في توجيهه .

وانا نرى أن القاعدة التي قال بها (دوكي) وأفرعا أنساره المتقدمون تكفي أيضا للدور ههنا على (دوزير) لأن عدم الدستورية تصرف كما قال (دوكي) إلى كل عيب يعيب القانون سواء وقعت مخالفته لقاعدة دستورية مسطوره بالدستور بالذات أو وقعت مخالفة لواجب التزم به البرلمان بحكم الدستور أو وقعت مخالفته للحق الأعلى الذي يعتبر أنه فوق الدستور كمبدأ مساواة الأفراد أمام الضرائب مثلا . وانه وأن كان غير منصوص عنه بالدستور ولكنه مبدأ يمليه الحق الأعلى بحيث أصبح كما قال (دوزير) نفسه دستورا بحكم العادة . فإن كل قانون يأتي مخالفته يعتبر حتما قانونا مشوبا بشائبة عدم الدستورية أو عدم الشرعية وفي هذه الحالة يجوز للقاضي الحكم بعدم نفاذه في الدعوى المطروحة .

أما ما يقوله (دوزير) بأن جزء المخالفة الدستورية جزء سياسي يرجع فيه لرقابة الرأي العام فذلك لا يكون إلا عن الأعمال الحكومية السياسية التي لا يملك القضاء فيها سلطانا للرقابة القضائية ولا يمكن اعتبار القانون المخالف لمبدأ المساواة - وباعتباره مبدأ يتفق مع العدالة ويرفع الفروق القديمة التي كان يبرح تحت أثقالها الأفراد في العصور المظلمة السابقة - بينما كان يتحمل بالتكاليف العامة فريق دون فريق وينعم بمرافق الدولة جماعة دون آخرين - ولا يمكن اعتبار هذا القانون مصوغا بصيغة سياسية بحدته تجعله خارجا عن الاختصاص القضائي والرقابة القضائية وفي حكم الأعمال الحكومية السياسية أو الأعمال السياسية التي تصدر من الحكومة باعتبارها هيئة سياسية .

ويؤكد (دوكي) شيخ فقهاء الحقوق العامة أنه لكي يكون للدستور معنى ، ويكون لأحكامه مفعول وسلطان على القانون يجب أن يكون محترما من الهيئة التشريعية وأن يكون احترامه هذا موقفا عمليا بعدم اعتبار التشريع الذي يخالفه ولا يتحقق ذلك إلا إذا أعطي القضاء وهو السلطة الثالثة القائمة على تطبيق القوانين . حق ابطال القانون المخالف للدستور ورفضه تطبيقه وإذا كان واجب القاضي تطبيق القانون فإن هذا الواجب يشمل جميع القوانين - وعلى رأسها القوانين الدستورية حتى إذا تعارض قانون عادي دونها مرتبة مع أحكامه -

وجب على القاضي تطبيق القانون الأعلى قبل القانون الأدنى ، وان مثل هذا أتى ما يوجب
تدرج القوانين ويؤكد المدقق والبداهة . وعلى هذا فإن كل شخص يستطيع نظريا ان يحتج
امام محكمة ما بعدم دستورية قانون يراد تطبيقه عليه . لأن المشرع خالف فيه قواعد الحقوق
العليا التي تفيده . ولا يقال أن ذلك لا يتفق ومبدأ تفريق القوى أو فصل السلطات -
SEPARATION.DES.POUVOIRS وحيث تتمتع كل سلطة من سلطات الدول الثلاث
التشريعية والتنفيذية والقضائية باستقلالها . ويحل بهذا الاستقلال اعطاء القضاء الرقابة
على التشريع . بل ان هذا الحق على العكس يؤكد هذا التفريق وينمذمه . لأن فوق هذه
السلطات الثلاث قوة علينا تهيمن عليها جميعها هي قوة الدستور التي تفيد كل منها -
بحيث لا يستطيع القوة التشريعية ، كما لا يستطيع السلطة القضائية اتيان ما يخالف احكام
الدستور فإذا خالفت السلطة التشريعية هذه الاحكام فليس لها ولا من حقها ان تلزم السلطات
القضائية بذلك وتوجب عليها ان تنضم الى هذه المخالفة . وأذا قلنا بهذا الوجوب نكون
قد قضينا على ذلك التفريق والاستقلال ولذا وجب ان تبقى السلطة القضائية مستقلة وسيدة
في اختصاصها وميدانها ولا تجبر من قبل السلطة التشريعية على مخالفة الدستور .
وتبدو حجة (دوكي) هذه الى جميع الفقهاء والمؤلفين أقوى من أن تمس
الشيخ (هوريو) بهذا الصدد قائلا : اذا كان اعطاء القضاء حق الرقابة على التشريع ربما يخشى
ان يبدعه للتدخل في السياسة وأطماعها . فإن حرمانه منها معناه جعل احكام الدستور
عديمة الفيه . والحقيقة أن الدوافع السياسية في الهيئات البرلمانية قد تدفعها على السبب
بهذه الاحكام . بالوقت الذي لا يعترف للقاضي بأن مهمته الطبيعية هي تطبيق القانون -
الصحيح والواجب التطبيق بتجرده . واذا كان ليس من يختلف في أن من حق القاضي ان
يطبق القانون الوطني دون الاجنبي اذا رأى ذلك واجبا ومن حقه ان يطبق قانونا وطنيا
دون الاجنبي اذا رأى ذلك واجبا ومن حقه ان يطبق قانونا وطنيا دون آخر وطنيا -
كذلك في حال التعارض والتنازع من حيث الزمان أو العموم . وان من حقه أن يطبق قانونا
دون مرسوم تنظيمي لأنه دونه مرتبه والنزاهة . فلماذا لا يكون من حقه كذلك أن يطبق احكام
قانون دستوري ضد احكام قانون عادي ؟ أنه لا يتعدى في ذلك مهمته وأخص خصائص وظيفته .
واذا كان الأجماع كما رأينا - ماعدا بعض الشذوذ - في الفقه الفرنسي على ضرورة حق
القضاء في تمحيص دستورية القوانين . ذلك أن الرأي الصحيح العلمي الذي يتفق الآن مع

النهضة العلمية ومع روح التشريعات الحاضرة ومع الصفات القانونية لدى الأفراد والجماعات هو الرأي القائل بأن مبدأ فصل السلطات لا يحول دون الأخذ ببحث القانون من جهته الدستورية بل وربما كان الأخذ بهذه النظرية نتيجة حتمية وطبيعية ومنطقيه - كما قال برتليي بحق - لمبدأ فصل السلطات . إذ يستحيل على السلطة القضائية أن تعمل في دائرة استقلالها باعتبارها سلطة مستقلة لاتتمل بأية سلطة أخرى إلا إذا رأت أن القانون الذي ستجرى تطبيقه هو قانون صحيح نفذت فيه شرائط القانون الدستوري وأحكام القانون الأساسي . وذلك كله يرجع إلى أن السلطة القضائية هي الممثل الأكبر لتقرير ضمانات الحريات الشخصية .

فلنا بأنه إذا كان الأجماع الفقهي على حق القضاء في النظر بدستورية القوانين . فإن القضاء الفرنسي نفسه لم يجد في نفسه الشجاعة اللازمة لممارسة اختصاصه وظيفته وتقرير حقه في النظر في اختيار القانون الواجب التطبيق . وقد أصرت المحاكم الفرنسية أصراً مطبقاً على عدم النظر في دستورية القانون وكانت محكمة التمييز التي تتولى هذه المحاكم العادية تشد أزرها وتقرها على موقفها هذا وكذلك فإن مجلس الدولة الفرنسي الذي يتولى القضاء الإداري في فرنسا يمتنع باجتهاداته المتواترة عن النظر في دستورية القانون . وهكذا ظل القضاء كذلك حتى فقدت السلطة القضائية في فرنسا نهائياً عنها في تمحيص دستورية القانون وذلك بفضل التقدم والتعامل والواقع - ان صح التعبير - وانتقلت هذه المهمة إلى هيئة سياسية نص عليها الدستور الفرنسي الجديد لعام ١٩٤٦ .

على أننا نلتبس عذراً للقضاء الفرنسي في تجاهله في تقرير حقه في النظر في دستورية القوانين ذلك أن حرمة القانون مستمدة في فرنسا من أسباب تاريخية تظل أقوى في نظر الفكر العام من حجج الفقهاء والحقوقيين . فالقانون في نظر الفرنسيين هو تعبير عن الإرادة العامة . وحيث أن الذكريات السوداء والصور القاتمة التي خلفتها البرلمانات الفرنسية (أي المحاكم العادية في فرنسا قبل الثورة) أهابت في الأذهان إلى وجوب تحديد السلطة القضائية . فقد كان القضاء الفرنسي يلعب دوراً واسماً قبل الثورة في عرقلة أعمال السلطة التنفيذية ورجال الإدارة . فلما قامت واستتب أمر البلاد لرجالنا كان أول ما فعلوه ان سنوا تشريعا يمنح البرلمانات من التصدي لرجال الإدارة والأعمال الإدارية ، ثم لما أرادوا وضع

الدستور حرصوا على ايجاد القضاء لاعن الإدارة فحسب بل عن السلطة التشريعية ايضا وفي هذا يقول (سييس) من ستسمون لتقبل الشكاوى ضد مخالفات الدستور؟ بل يبدا ولكم القضاء قادرا على اداء مهمة عالية كهذه؟ فكروا في المرسوم الحكيم الذي منعت به القضاء من أن يستدعوا امامهم رجال الإدارة بسبب وظائفهم ، فالأولى الا تعطوهم سلطة النظر في أمور الهيئات السياسية الأولى في الدولة .

وهكذا التزمت السلطة القضائية في فرنسا حدودها كسلطة قضائية لا تريد التدخل على السلطة التشريعية ولا تريد أن تجعل من نفسها سلطة متفوقة على سائر السلطات في الدولة قائمة فوق الإرادة القومية التي تبرز من خلال النظام التمثيلي الذي يعطي ممثلي الشعب ، صاحب الإرادة القومية حق وضع القوانين .

وهكذا لم يعد ثمة رقيب يضمن مراعاة السلطة التشريعية للحدود المفردة في الدستور الا ضمير اعضاء هذه السلطة ومسؤوليتهم أمام الأمة وهذا مايتنافى مع فكرة الحكومة الشرعية . SEGAL ويصغرا بالصفحة الاستبدادية DESPOTIQUE ولا يخرجنا عن هذا الوصف وجود هيئة سياسية تظفر في دستورية القانون تحت مظهر تعديل الدستور بخية امكان اقرار القانون ذلك أن للدستور الصطب في نظرنا قدسية يجب أن لاتحيد بها الأيدي في كل مرة نفر قانونا مهما كانت الأعذار والحجج التي تقول بتضير الإرادة القومية بتضير الأزمان .

اصول الطعن بدستورية القوانين في فرنسا :

ان الفقهاء يميزون بين الطعن في دستورية القانون من حيث شكله الخارجي ، والطعن في دستوريته من حيث فحواه وموضوعه - وقد سبق ان فصلنا ذلك - اما الطعن في دستورية القانون من حيث الشكل الخارجي فيكون حين لا يستكمل القانون كافة الشروط المنصوص عنها في الدستور لصدوره . وقد كان الدستور الفرنسي لعام ١٨٧٥ مثلا يفترز في القانون .

- ١- أن يصدره المجلسان . مجلس الشيوخ ومجلس النواب فيصدر عنهما في صيغة موحدة . ولا يكون ثمة خلاف بين النص الذي اقره المجلس الأول وبين النص الذي اقره المجلس الثاني .

٢- ان يصدر في دورات قانونية عامة ه

٣- وادا كان يتصل بالشؤون المالية وجب أن يعرض أولا على مجلس النواب ويمدق منه .

٤- أن يصدق وينشر على يد رئيس الجمهورية .

ولهذا كان يقال أن من حق المحاكم أن تنظر في الطعن بدستورية القانون الذي لم يستجمع هذه الشروط كأن ينشر في الجريدة الرسمية على الرغم من تعارض النصين المصدقين الأول في مجلس الشيوخ والثاني في مجلس النواب مثلا . والحقيقة أن مثل هذا القانون لا يحمى سلطة القانون من أصله فكأنه لم يكن بالمره ولهذا يقول (لافريير) أنه لا مجال للقول بالدستورية أو عدمها في هذه الحال وإنما ينظران كان القانون موجودا بصورة حقوقية أم غير موجود . وعمل المحاكم هنا هو التحقيق عن وجود القانون ^{LOI} ل'EXISTENCE. DE. LA لأن دستورية القانون .

وعلى هذا فإن فقدان مراقبة دستورية القوانين في فرنسا هو امتناع القضاء عن النظر في دستورية القانون من الوجهة الداخلية أي من حيث فحواه وموضوعه ، فلا يقبل الطعن اذن بالقانون لا بطريق الدعوى ولا بطريق الدفع . بل تقوم بهذه المهمة هيئة سياسية اتحدت بها الدستور الفرنسي لعام ١٩٤٦ .

لقد نزل الدستور الفرنسي الجديد لعام ١٩٤٦ في مواد ٩١ و٩٢ و٩٣ على أحداث هيئة سياسية خاصة أسماها اللجنة الدستورية ^{ELLE} LECOMITE. CONS TITUTIONN مهمتها مراقبة دستورية القوانين قبل صدورها . فأذا تم صدور القانون أصبح في حصر حصين وحزب أمين لا شك في دستوريته مطلقا . وتتألف هذه الهيئة برئاسة رئيس الجمهورية وعشوية رئيس الجمعية الوطنية (مجلس النواب) ورئيس مجلس الجمهورية . وسبعة تنتخبهم الجمعية الوطنية في مطلع كل دور سنوي . ووظيفة هذه اللجنة أن تنظر فيما إذا كانت القوانين التي تصوت عليها الجمعية الوطنية تقتضي تعديل الدستور . وهكذا تنظر هذه الهيئة السياسية في دستورية القوانين تحت مظهر جديد هو تعديل الدستور بغية إمكان إقرار القانون .

ورئيس الجمهورية يقدم خلال المهلة المتروكة له لتصديق القانون ، طلبا الى اللجنة في هذا الشأن بالاتفاق مع رئيس مجلس الجمهورية بعد أن يتسوت مجلس الجمهورية على ذلك بأكثرية اعضاءه المطلقة ، فإذا انبرت الجمعية الوطنية على القانون وكانت اللجنة تراه مخالفا للدستور وجب أولا تعديل الدستور مع مراعاة الأحكام والأصول والقيود التي تتعلق بالتعديل .

.....

.....

الفصل الثالث

((دستورية القوانين في الجمهورية المصرية))

توطئة :

لم يذكر المشرع المصري أى نص يعطي المحاكم حق فحص دستورية القوانين أو يمنحها من ذلك كما أنه لم يجعل هذا الفحص من حق المحكمة العليا في البلاد ولا من حق محكمة خاصة . وعليه فالأمر متروك الى حدود الفقه والفضاء .

رأى الفقه المصري في مراعاة دستورية القوانين :

يرى فريق من الفقهاء المصريين أن للمحاكم في مصر الحق في الفصل في دستورية القوانين ان يتم القاضي في هذه الحالة بعمل في حدود وظيفته . لأنه في الوقت الذي يندب فيه لتطبيق القوانين المسنونه الصادره من البرلمان فهو مندوب ايضاً لتطبيق الدستور والاخذ بأحكامه ، لأن كل سلطة عامة قائمه - سواء كانت تشريعية أو تنفيذية ومنها الإدارية - ماغوده بواجبات معينه بأحكام الدستور نصا وروحا فأذا ماخالفت السلطة التشريعية هذه الواجبات وجب اعتبار عملها غير نافذ لا يؤخذ به في الموضوع النزاعي المطروح فقط . أى يقضي بعدم نفاذ القانون في الدعوى المنظوره دون غيرها . ولكن لا يتعرض القاضي للقانون ذاته ولا يقضي ببطلانه بوجه عام لأن هذا ليس من شأنه ان لا شأن له في الحكم بعدم دستورية القانون بوجه عام وعدم الاخذ به بطريقة عامه في جميع القضايا . انما له حق القول بعدم الاخذ بالقانون في موضوع الدعوى المطروحه امامه ولذلك لا يعتبر انه يتدخل في أمر السلطة التشريعية .

ولعل أول من نادى بهذا الرأي في مصر المستشار (برنتون) رئيس محكمة الاستئناف المختلطة في مناظرة القاها عام ١٩٢٠ موضوعها (مزمة السلطة القضائية في المسائل الدستورية بالولايات المتحدة ومصر) .

على أن ثمة فريق آخر من الفقهاء يرون أن المحاكم المصرية كالمحاكم الفرنسية ليس لديها حق رقابة دستورية القانون ويستندون في ذلك الى نفس الأسباب التي استندت اليها المحاكم الفرنسية - التي سبق ذكرها - والى أن القضاء المصري مازالوا خاضعين للسلطة التنفيذية في تعيينهم وتأديتهم ونقلهم وأنهم لم يملوا بعد الى درجة من الاستقلال تكفي لأن يقوموا

بهذه الميزة الخطيرة . كما وأن المشرع نفسه قد ذهب في المذكرة التفسيرية للمرسوم بقانون رقم ٤٧ لعام ١٩٣٤ بتعطيل بعض أحكام القانون رقم ٢٦ لعام ١٩١٢ الخاصة بلائحة المحاماة . أما المحاكم الأهلية . التي أنه ليس لأية هيئة قضائية في ممرحق الرقابة على دستورية القوانين وقد أخذ الفريق الأول برأى -
 الفقه الفرنسي الحديث الذي يدافع عنه كثير من الفقهاء أمثال (هوريو بودوكي ، وجيز) أما الفريق الثاني قد اتبع رأى المحافظين من الفقهاء الفرنسيين أمثال (ايسمن وكاريه) وهو كذلك ما جرت عليه أحكام المحاكم الفرنسية .

على أن السيد صبرى وهو من كبار الفقهاء في مصر يرى مع اصحاب الرأى الأول أن للمحاكم في مصر حق نظر دستورية القوانين ويقول ان هذا المبدأ مبني على اساسين .
 الأول مبدأ الشرعية والثاني أن هذه الرقابة من طبيعة عمل القاضي .

١- مبدأ الشرعية : PRINCIPE DE LEGALITE

ان الدولة عند قيامها بوضع القوانين والأوامر انما تتبع قواعد معينة محدوده تنص عليها الدساتير عادة وهي بذلك مقيدة بحدود مرسومه لها . حقيقة أن الحكام هم الحائرون على السلطة الفعلية في الشعب ولا يتصور اجبارهم على احترام هذه الحدود الا أن ذلك لا يمنع حقيقة تنفيذهم من جهة القانون بحدود معينة لا يجوز شرعا الخروج عليها ومن هنا تبد وضرورة وجود رقابة قانونية قوية على تصرفاتهم .

ولقد ظهرت رقابة تصرفات الحكام في الدول الحديثة بشكل واضح لدى الأفراد فأصبح كل فرد يميز شعوره شرعية اعمال الحكام . ولا شك أن لشعور الأفراد صدى عميقا يتأثر به الحكام في تصرفاتهم وفي القواعد التي يحكمون بمقتضاها .

ولبيان ذلك يجب الرجوع الى ما سبق أن ذكرناه من التفريق بين الشكل والموضوع . فمن حيث الشكل يجب استنباه جميع تصرفات الحكام لأجراءات شكلية معينة .

ومن حيث الموضوع أصبحت الحكومات الحديثة لا تستطيع اتخاذ وسائل فردية أو عامه الا في الحدود التي يعينها القانون الذي عزناه بأنه قاعدة عامه وضمت للجميع بلا استثناء الزمان والمكان .

ويتضح من ذلك ان الحكومة لا يمكن ان تكون شرعية الا اذا كانت تصرفاتها في حدود القانون اما اذا كانت الحكومة تستطيع التصرف خارج حدود القانون المرسوم فانها لا تكون حكومه شرعية بل تصبح حكومة استبداد سواء أكانت ملكيه أم ارستقراطية أم ديمقراطية .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

فالحكومة الاستبدادية يمكن تصورهما حتى في حكومة ديمقراطية ذات برلمان منتخب اذا كانت تصرفاتها لارابط لها بل ان الحكومة على هذا الوضع تكون اشد خطرا من الحكومة الاستبدادية الفردية . لان المسؤولية في تلك الحال تنهدو موزعة على افراد البرلمان .

وعلى هذا الوضع يتضح لنا ان الرقابة على تصرفات الحكام هي من اهم القواعد الاساسية في حكومة قانونية لذلك ومن ثم لا يتيسر استساعة عدم خضوع الهيئة المختصة بعمل القانون للرقابة القانونية . او بعبارة اخرى لا بد في كل حكومة عادلة من خضوع الحكام جميعا - رئيس الدولة والوزراء والبرلمان - لبدءا شرعية تصرفاتهم سواء اكانت هذه التصرفات قوانين او لوائح (الظمة) او قرارات او اجراءات فردية .

وعلى ذلك فقول (ايسمن) وانصاره بان القواعد التي عينها الدستور للسلطة التشريعية لا رقيب عليها سوى ضمير اعضاء هذه السلطة ومسؤوليتهم الالهية امام الامة - قول لا يمكن الاخذ به في حكومة شرعية .

٢- رقابة المحاكم لدستورية القوانين هي من طبيعة عمل القاضي :

الآن وقد سلمنا بوجود رقابة تصرفات الحكام وايجاد الوسائل الفعالة لجعلها في نطاق الحدود المرسومة لها فهل يكون القاضي - حين يطرح امامه نزاع معين يدفع فيه اخذ الخصوم بعدم جواز تطبيق قانون معين لانه مخالف للنص الدستوري - مختصا بالفصل في جواز تطبيق هذا القانون المطعون فيه . ام يجب ان يمتنع عن ذلك اذا كان الطعن الموجه للقانون المراد تطبيقه خاصا بالشكل نرى ان الامر لا يحتاج الى بحث ، ان رأينا ان للقاضي في هذه الحالة الامتناع عن تطبيقه فاذا صدر نص على اعتباره قانونا واتضح ان احد المجلسين لم يقره فيجب على القاضي ان يمتنع عن تطبيقه مهما قيل ان المحاكم في مصر ممنوعة من النظر في دستورية القوانين لان المحكمة عند ذلك لا تنظر في دستورية القانون وانما تنظر فيما اذا كان هناك قانون ام لا وفي هذه الحالة لا يمكن اعتبار هذا النص قانونا لان القانون بحسب قواعد الدستور هو نص يقره المجلسان ويصدره الملك . والقاضي بطبيعة الحال ليس له حق تطبيق نص انعدمت قيمته القانونية .

اما اذا كان الطعن موجها لموضوع القانون لاشكله بان كان منصبا على كون القانون متعا رضيا مع نص دستوري فقد رأينا كيف يحرم بعض الفقهاء المصريين على القاضي ان ينظر في دستوريته

ويحصرون واجبه في تطبيقه دون الحكم عليه ونحن نرى كما يرى فقهاء السراى الاول ان للمحاكم المصرية الحق في نظر دستورية القوانين للاسباب التي بني عليها الفقه الفرنسي الحديث. رآيه التالي .

ان وظيفة القاضي هي تطبيق القانون أى ايجاد الحل القانوني للمسائل المعروضة عليه . والقاضي مقيد في حكمه بقوانين البلاد الحادية كما هو مقيد بالقانون الاساسي للدولة الذى هو أعلى من القوانين الحادية . وفي كل البلاد التي يوجد بها قوانين مختلفة في الدرجة يكون على القاضي منطقيا ان يفضل القانون الأعلى عند تعارضه مع قانون ادنى . فإذا تعارضت لائحة مع قانون فعلى القاضي الامتناع عن تطبيق اللائحة مع تطبيقه أحكام القانون لأن القانون أعلى وأقوى من اللائحة وهو فعلا ماجرت عليه المحاكم المصرية .

فإذا كان القانون الحادى متعارضاً مع القانون الدستورى فواجب القاضي في هذه الحالة لا يختلف عن الحالة الأولى أى يجب عليه الامتناع عن تطبيق القانون الحادى ويطبق النص الدستورى . والقاضي في كلتا الحالتين لا يخرج عن دائره عمله . فهو لا يلغى القانون وإنما يطبق القانون الأعلى طبقاً لدرجته وهذا هو العمل القانوني المطلوب منه . وهكذا نرى أن الفقه المصرى عامة يؤيد حق القضاء المصرى في فحص دستورية القوانين وان خالف البعض هذا الرأى . والحق أن أمر فحص دستورية القوانين أمر داخل في طبيعة عمل القاضي فوق كونه شرطاً لازماً لتمتع الحكومه حقها بصفتها الشرعية LEGALITE كما أن ثمة اتساق منطقي وتلازم بين هذا الحق وبين مبدأ الفصل بين السلطات . وعليه يمكننا بأن نقول بأن الفقه المصرى يعترف للقضاء بحقه في فحص دستورية القوانين وهو بذلك أولى من الفقه الفرنسي الحديث الذى اعترف به لقضائه رغم وجود نصوص تشريعية فرنسية تعارض هذا الحق . في حين لا يوجد مثابله لهذه النصوص في مصر .

ولكن يلاحظ أن المادة (١٥) من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية المعدله بالمرسوم رقم (٩٠) لعام ١٩٢٧ قد منحت المحاكم من تأويل الأوامر الإدارية او إيقاف تنفيذها ، والآن ان ليس القانون أولى بمثل هذا التمايز وعلى سبيل القياس تمنح المحاكم من فحص دستوريته ؟ ليس القانون من عمل السلطة التشريعية في حين أن الأمر الإدارى من عمل السلطة التنفيذية ؟ هذا الاعتراض لا يستطيع في نظرنا أن يقف في وجه حق القضاء المصرى في فحص دستورية القوانين وذلك لأن المادة (١٥) لم تنص على القوانين المخالفه للدستور لا تصريحا ولا تلميحاً

والفارق شاسع بين هذه الحالة الأخيرة والحالة الواردة بالمادة المذكورة وبدرجة لا يصح
مقارنتها قياساً على الحالتين على الأخرى هذا من جهة ومن جهة أخرى
ان المحاكم التي لا تؤهل الأمر الأدارى ولا توقف تنفيذه لها الحق في الحكم بتعويض
ما ترتب على هذا الأمر من اضرار وان كان موضوعه مخالفاً للقانون . وفي هذا ضمان عام
للأفراد .

٣- حق القضاء في فحص دستورية القوانين ضروري لتأمين الفصل بين السلطات :

ويضيف الأستاذ (عثمان خليل) الى ان حق القضاء في تمحيص دستورية القوانين عدا عن كونه
شرطاً لازماً لتمتع الحكومة بصفتها الشرعية . وزيادة عن كونه عملاً داخلياً بطبيعته في اختصار
الناضي . هو أيضاً ضرورة ملحة لتأمين الفصل بين السلطات .
وهذا القول لبي صحيحاً فقط في النظام البرلماني الذي يؤخذ فيه بالفصل بين السلطات
فصلا سداً التعاون بين هذه السلطات المتفصلة ولحمته تبادل الرقابة بينهما . وانما هو
صحيح حتى في النظام الرئيسي الذي يأخذ بمبدأ الفصل التام بين السلطات .
وعليه اذا كان الدستور من صنع الهيئة المؤسسة في حين ان السلطات التشريعية والتنفيذية
والقضائية هي هيئات مؤسسة مستقلة كل واحد منها عن الأخرى . فاذا ما خالفت إحدى
هذه السلطات المؤسسة - كالسلطة التشريعية في قوانينها - الدستور الذي هو من صنع
الهيئة المؤسسة - كما قلت - فيجب ألا تترغم السلطات الباقية وبالذات السلطة القضائية
على مجاراة السلطة التشريعية في هذا السدوان . وبعبارة أخرى يجب ان نعترف للقضاء بجزء
الامتناع عن تطبيق هذه القوانين المعتمدة على الدستور . والاعتراف للقضاء بهذا الحق
يزداد وضوحاً هنا مادنا نقول ان السلطة القضائية مستقلة تماماً عن السلطة التشريعية .
أي ان الفصل التام بين السلطات يؤكد حق القضاء في فحص موافقة او عدم موافقة القوانين
العادية للدستور . بمعنى ان حق القضاء في تمحيص دستورية القوانين ضروري لتأمين الفصل
بين السلطات لا يستحيل على السلطة القضائية ان تتناظر على استقلالها تجاه السلطة التشريعية
الا اذا امتنعت بأن القانون الذي ستطبقه هو قانون صحيح ومستوف لشروط القانون الدستوري
او الاساسي . اما القول بوجوب احترام قرارات السلطة التشريعية المتعارضة مع الدستور فمعناه
الخنوع لها وهو ما يتناقض مع استقلالها الناتج عن مبدأ فصل السلطات . بل ان قبول السلطة
القضائية احترام قرارات المشرع المتعارضة مع قرارات السلطة المؤسسة تقدمها للسلطة التشريعية
على السلطة التأسيسية .

أما إن منعنا المحاكم من فحص دستورية القوانين فلن نستطيع الحكم بتصويقر ما يترتب عليها من اضرار على النحو السابق وبذلك يبنار هذا الضمان في حالة القوانين .

(١) ان أوامر الإدارة وأن كانت أقل مرتبة من القوانين الا انها تمتاز بصفة الاستعجال ولزوم الحزم في تنفيذها غالبا ويفتضي الصالح العام بضرورة هذا التنفيذ فورا دون عرقلة القضاء لهذا ولذلك اقتضت طبيعة السلطة التنفيذية الخضوع لنظام التبعية الادارية .

والتي يجب على المرؤوس بناء عليها ان يطيع أمر رئيسه دون

الامتناع عن ذلك بحجة مخالفة أمر الرئيس للقانون كما اصبحت القاعدة العامة أن على الأقران بدورهم أن ينفذوا الاوامر الادارية دون الامتناع عن تنفيذها بحجة مخالفتها للقانون كذلك وانما لهم فقط في بقده الحالة أن يرفعوا تظلماتهم الى القضاء . فمن كل هذا تظهر حكمة الضمان

الوارده في المادة (١٥) المذكوره وهذه الحكمة غير ظاهره بالنسبه للقانون .

(٢) لوضع الاستناد على المادة (١٥) لمنع المحاكم من فحص دستورية القوانين من باب أولى بحجة كونها اسمى من الأمر الإداري وأولى منه بالضمان الوارد الذكر في المادة (١٥) لوجب الاستناد اليها ايضا وبنفس القياس من باب أولى لمنع المحاكم من فحص قانونية اللوائح (أى موافقتها للقانون) لأن اللائحة اسمى من الأمر الإداري ، ولكن الفقه والقضاء قد اجمعا على أن للمحاكم الحق في فحص قانونية اللوائح وعليه المادة (١٥) لا يمكن مطلقا أن يستند اليها لمنع المحاكم من فحص دستورية القوانين .

هذا ما ذكره الأستاذ عثمان خليل عثمان في معرض رده على اعتراض البعض على حق القضاء المصري في فحص دستورية القوانين والمستندين في اعتراضهم على نص المادة (١٥) من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية والمفدله بالمرسوم رقم (٩٠) لعام ١٩٢٧ .

رأى القضاء المصري في مراقبة دستورية القوانين :

لقد أخذ القضاء المصري يحق في فحص دستورية القوانين عن طريق الدافع فقط فعمد فسي بعض احكامه الى فحصها ثم جاءت محكمة النقض والابرار «محكمة التمييز» في حكمها الصادر بتاريخ ٤ كانون الثاني من عام ١٩٢٦ فأقرت ماسينتها محكمة جنايات الاسكندرية الى الاخذ

به من حق فحص دستورية القانون ، وذلك في الحكم الذي اصدرته محكمة الجنايات المذكورة

بتاريخ ١٦ تشرين الأول عام ١٩٢٤ .

ولقد ذهب الأستاذان (وحيد رأفت ووايت ابراهيم) الى أن هذا الحكم الصادر من محكمة النقض والأبرام مؤيداً لمحكمة الجنايات في الأُسكندرية لا يمكن الاستناد اليه على وجه التأكيد للقول بأن القضاء في مصر يؤيد نظرية فحص دستورية القوانين . كما أن الأستاذ (السيد صبرى) قال أن ما جاء بحكمي الجنايات والنقض لا يكاد يثبت على وجه الضم أن المحكمة فصلت بحكمها هذا في دستورية القوانين فقد كانت ميمتياً سلبية ، إذ جاء القانون مطابقاً لنصوص الدستور ومن ثم ظل السؤال ما ترى لو كان القانون المطعون فيه مخالفاً حقاً للدستور أكانت ترفض المحكمة تطبيقه ؟

إن الأستاذ الدكتور (عثمان خليل عثمان) يحارر حضرات الأستاذة المتقدمين ويؤي أن هذا الحكم الصادر من محكمة النقض كالحكم الصادر من محكمة الجنايات المذكورة قد جاء متضمناً حق المحكمة في فحص دستورية القوانين ، ويشرح ذلك بقوله .
فأذا نظرنا الى مضمون هذين الحكمين لوجدنا أن المحكمة لم ترفض بحث دستورية القانون أساساً وإنما بحثته ولكن بمحضر الصدفه تبين أن القانون موافق للدستور فطبقته . فبحثت المحكمة عما إذا كان القانون مخالفاً أو غير مخالف للدستور يعتبر في الحقيقة اخذاً بحق القضاء في فحص دستورية القوانين وذلك يعبر عن النظر عن نتيجة هذا البحث .
وعليه نستنتج مما سبق عن يقين أن محكمة النقض والأبرام قد اقرت ما ذهب اليه محكمة الجنايات في الأُسكندرية في حق القضاء في فحص دستورية القوانين .
ولقد صدر حكم بتاريخ ١ حزيران ١٩٤١ . من محكمة منس الكليه تصرر لهذا الحق صرة أخرى فأقره بصراحه قاطعة وذلك رغم الحكم بدستورية القانون موضع الطعن وأنا لنثبت هذا الحكم لأهميته . وذلك لأنه يعد فاصلاً في الأُقناع بأن القضاء قد سار على استعمال حقه في فحص دستورية القوانين .

قالت المحكمة :— في هذا الحكم :

((وحيث أن المدعي يزعم أن المرسوم بقانون رقم (١٩) لعام ١٩٢٩ والمرسوم بقانون رقم (٦٠)

لعام ١٩٣١ غير دستوريين لمخالفتيما للمادة السابعة من الدستور . . .

((وحيث أن الحاضر عن المدعي عليه دفع بعدم اختصاص هذه المحكمة لأنها لا تملك البحث

في دستورية أو عدم دستورية القوانين

((وسيت أن الآراء تضاربت فيما إذا كان للمحاكم الحق في بحث دستورية القوانين أو أنها منوطة عن ذلك . والقائلون بالمنع يزعمون أن الأبحاث تحل بنظرية فصل السلطات ، إذ أنها تجعل السلطة القضائية مهيمنة على السلطة التشريعية ورقبية على أعمالها ويستندون - في تدعيم رأيهم هذا على المادة (١٥) من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية التي تمنع المحاكم من تأويل الأوامر الإدارية أو إيقاف تنفيذها ...))

((وحيث أن النظام الدستوري المصري يقوم على مبدأ فصل السلطات الثلاث التشريعية - والقضائية والتنفيذية عن بعضها واستقلال كل منها عن الأخرى فكل واحد منها تمام السيادة في حدود اختصاصها إلا أنها جميعا مفيدة بالدستور الذي أوجدها ومنه تستمد سلطاتها وليس لها أن تخرج عليه أو أن تعارضه طبقا للمادة (٢٣) من الدستور التي تنص على - أن جميع السلطات مصدرها الأمة واستعمالها يكون على الوجه المبين بهذا الدستور -))

فإذا اعتدت السلطة التشريعية على أحكامه فليس لها أن تجبر السلطة القضائية على الاشتراك معها في هذا الاعتداء مادامت هذه بدورها مستقلة في حدود اختصاصها . والقاضي مختص بإيجاد الحل القانوني للمنازعات المطروحة عليه وهو مفيد في حكمه بقوانين البلاد العادية كما أنه مفيد أيضا بالقانون الأساسي للدولة وهو أسس القوانين جميعها . فإذا تعارض القانون العادي مع الدستور فواجب القاضي في هذه الحالة يقضي عليه - بتبريح الدستور على القانون العادي وتطبيق الأول وإهمال الثاني ، ولا يخرج بذلك عن اختصاصه فهو لا يقضي القانون وإنما يطبق القانون الأعلى الواجب التطبيق ثم لا يفتأت على السلطة التشريعية وإنما يقوم بتطبيقه القانونية التي تتطلب منه أن يبين القانون الواجب التطبيق في النزاع المطروح أمامه . ويتبين مما تقدم أن مبدأ فصل السلطات لا يمنع المحاكم من بحث دستورية القوانين بل وربما كان الأخذ بهذا الرأي نشيجة حتمية وطبيعية ومدتطبيقه لمبدأ فصل السلطات . إذ يستحيل على السلطة القضائية أن تحافظ على استقلالها إلا إذا ائتمنت بأن القانون الذي ستطبقه هو قانون صحيح ومستوف لشروط القانون الدستوري وهي بذلك الممثل الأكبر لضمان الحريات الشخصية .

((وحيث أن المادة (١٥) من لائحة ترتيب المحاكم لا تصلح أساسا لتدعيم الرأي القائل بمنع المحاكم من الفصل في دستورية القوانين لأن هذه المادة تتيح للمحاكم البحث في مشروعية الأوامر الإدارية فهي تبيح لها بطريق القياس هذا الحق بالنسبة لدستورية القوانين ، وهي

على كل حال خالية من أى نص يمنع المحاكم من استعمال هذا الحق الأخير وكل ما فيها أنها تحظر على المحاكم تأويل الأوامر الإدارية أو إيقاف تنفيذها . ولكنها في الوقت نفسه تخولها السلطة في تعويض المضرور من تنفيذ هذه الأعمال المخالفة للقانون . وقد اتجهت المحاكم الى التدخل من هذا الحظر . فقضت محكمة مصر المستعجلة بتاريخ ٨ كانون الأول عام ١٩٣٨ في قضية مزرعة الجبل الأصفر .

((ان العمل الإدارى الذى تشوبه شائبه من إحدى نواحيه القانونية هو الذى يستفيد وحده من الحصانة الادارية المقرره له بالماده (١٥) من لائحة ترتيب المحاكم . فلا يقبل نقضا قضائيا ولا يؤول معناه أو يوقف تنفيذه بطريق مباشر أو غير مباشر . أما العمل الإدارى غير الحقيقي أى العمل الاستبدادى والمخالف للقانون . ولم يلاحظ فيه شرط من شروطه فإنه يخرج في هذه الحالة عن حثيرة الاعمال الادارية . وهو عمل باطل لا تحميه مطلقا الحصانة الادارية . وتسرى عليه اصول القانون من الوجهة العامة ، فيجوز الشاؤه او إيقاف تنفيذه واستخدام الوسائل القانونية المعروفة لتعطيله ، كحالة ما اذا كان قد جاء مخالفا للقانون مخالفة صارخة في جميع نواحيه نصا وفرضا جاز للفرد المشار الألتجاء الى المحاكم القضائية في هذه الحالة للحكم بالنقض العمل الإدارى باعتباره تعديا والحيلولة دون نفاذه والخطر المشار اليه قاصدا على الأوامر الادارية لأسباب تتعلق بحسن سير الإدارة الحكومية . فلا يتعداها الى القوانين لعدم النص وانعدام المقتضى للمحاكم - اذا ائتمنت من بحثها بعدم دستورية أى قانون ان لا تنفذ به وأن تطبق النص الدستوري . لونه - وليس في القوانين ما يحول بينه وبين احتمال هذا الحق .

((وحيث أنه يستخلص مما تقدم ان للمحاكم مطلق الحرية في بحث دستورية القانون المطلوب منه تطبيقه وأذا اقتضت بمخالفته لأحكام الدستور شكلا وموضوعا فلها أن تمتنع عن تطبيقه على النزاع المطروح أمامها .

((وحيث أنه فيما يختص بالموضوع . . . غير محقق في شكواه . - لأن حق الحكومة في تحديد الجنسية المصرية لانزاع فيه وهي تستمد من المادة الثانية من الدستور وبناء عليها عمل قانون الجنسية فالقانون جملة لا شك في دستوريته .

فلهذه الأسباب - حكمت المحكمة جنوريا برفض الدفوع وبإختصاصها بنظر الدعوى
وفي موضوعها برفضها وبالزام المدعي مصاديقها . . .

بعد ذلك لانخالنا في حاجة الى دليل على ان القضاء في مصر قد أبدى رأيه
صراحة بأن له الحق في فحص دستورية القوانين ، ولاشك في أن القضاء المصري قد اثبت
اهليته لتولي حراسة دستورية القوانين تلك المهمة التي قال عنها (ايمن)

((انه لتحويل المحاكم الحكم بعدم دستورية القانون يجب أن يبلغ القضاء منزلته من
النزاهة والكفاءة والحكمة وحسن التصرف كذلك المنزلة التي يلعبها القضاء في امريكا
وانكلتورا)) .

والخلاصة ان للقضاء المصري حق فحص دستورية القوانين وهذا مايقفه في مصر بصفته
عامه الفقه والقضاء كلاهما .

هذا عرنا لموقف القضاء من دستورية القوانين في ظل الدستور المصري القديم . وأذا لم
يبدع الدستور المصري الجديد الذي سيولد عام ١٩٥٤ . طريقة معينة لمراقبة دستورية

القوانين - وهذا مانتوقعه - فأنا نأمل ان يستمر القضاء باطراد في تقرير حقه في
الذات بدستورية القوانين وعدم تطبيق القوانين المخالفة للدستور حتى ينعأشم نمانه

للحكومة الشرعية وحتى لا يتخلى عن أخص خصائصه وظيفته وعي البحث عن القانون الواجب
التطبيق وتطبيقه فعلا .

وهكذا يكون القضاء المصري أكثر شجاعة من زميله الفرنسي الذي تهامل في تقرير حقه
حتى فقدته بتفادم الزمن وتأييد هذا الفقدان بدستور عام ١٩٤٦ .

.....

.....

.....

.....

.....

الفصل الرابع

لمحة سريعة

- ((في دستورية القوانين عند بدء العمل)) -

١- في انكلترا :

ففي انكلترا حيث يسود مبدأ سلطان البرلمان وحيث أن الدستور غير مكتوب وبالتالي ليس ثمة فرق بين القوانين الأساسية والقوانين العادية ولهذا فلا مجال لبحت دستورية القوانين بمعنى أنه لا يستطيع القضاء الامتناع عن تطبيق التشريع مهما يكن مضمونه بل عليه الاضواء امامه لأنه اذا خالف (اي المشرع) الدستور يكون قد عدله ، وعليه فكل ما يصدره البرلمان يكون ملزماً لجميع الافراد وللحاكم حتى ولو كان مخالفا للعادات التقليدية او الحرف .
 اما في المستعمرات الانكليزية الحرة (الدومينيون) التي تعمل بالنظام البرلماني . فالسلطة التشريعية فيها لا تمتدح من القوانين الا في الحدود التي رسمها لها الدستور ، وبشرط ألا تتناقض مع القوانين الانكليزية الأساسية . ومن أجل ذلك فإن كل مشاريع القوانين التي تفردها برلمانات هذه البلاد لا تصبح قوانين نافذة الا اذا وافق عليها التاج البريطاني او حاكم المستعمرات الحرة القائم مقامه . كما أنه يحق للأفراد ان يلتمسوا أمام المحاكم بعدم دستورية مصادره القوانين .

٢- في العراق :

تدرج المادة (٨١) من الدستور العراقي الحالي على أن (للمحكمة العليا حق البت بتفسير القوانين وموافقتها للقانون الأساسي) . وتتألف هذه المحكمة من ثمانية اعضاء عدا الرئيس ينتخبهم مجلس الاعيان . اربعة من بين اعضاء واربعه من كبار الحكام . وتنفذ برئاسة رئيس مجلس الاعيان . واذ لم يتمكن الرئيس من الحضور فيترأس جلسة المحكمة نائبه . واذ لم يكن مجلس الأمة مجتمعاً فيكون نصب الاعضاء المذكورين بمقتضى نص الإرادة الملكية التي تصدر بانعقادها (تعديل عام ١٩٢٥)
 واذ وجب البت في أمر يتعلق بتفسير القانون الأساسي او فيما اذا كان أحد القوانين او الأوامر المرعية يخالف أحكام القانون الأساسي فتجتمع المحكمة العليا بأرادة ملكية تصدر بموافقة مجلس الوزراء .

أما مفعول القرار الصادر عن المحكمة العليا فقد نصت عليه المادة (٨٦) من الدستور بقوله
(كل قرار يتصدر من المحكمة العليا مبينا مخالفة أحد القوانين أو بعض أحكامه لأحكام هذا القانون
الأساسي يجب أن يصدر بأكثرية ثلثي آراء المحكمة وأذا صدر قرار من هذا القبيل يكون ذلك
القانون أو القسم المخالف منه لهذا القانون الأساسي ملغيا من الأصل) .

٣- في سويسرا : -----

ففي سويسرا مثلا منذ عام ١٨٧٤ يمارس سلطة مراقبة دستورية القوانين محكمة اتحادية ينتخبها
المجلس الاتحادي لمدة معينه وتتنظر هذه المحكمة في دستورية القانون بناء على دعوى اصلية
تقدم اليها خلال ستين يوما من صدور القانون ولا يكلف صاحبها دفع أى رسم .
ومع اقتراب هذه المحكمة من محكمة الولايات المتحدة العليا من حيث الوظيفة . ^{أن} النشاطية
محدود فلا تملك النظر في القوانين الصادرة عن مجلس الاتحاد ولا في القرارات الصادرة عنه
والتي تكون ذات امتداد شامل . وقد ظل (السر فرنسيس اوتيويل آدم) هذا الأمر بقوله :
ليبر على المحكمة الاتحادية ان تشغل نفسها بالبحث في دستورية القوانين العادية التي يقترح
لها المجلس الاتحادي أو عدم دستورتها فهي مكرهه على تطبيق هذه القوانين بأمر الدستور
نفسه وذلك لأن القوانين التي يقترح لها المجلس الاتحادي ويوافق عليها الشعب حسب
طريقة السرفندم تكون مؤيده من قبل الشعب . فما على المحكمة الاتحادية ان تذاك إلا أن
تضيق لإرادة الشعب فتعد القوانين المذكورة دستورية لا يجوز مسها .
غير أن اقامة الحجة على هذا الوجه ليست صوابا ، فالنظام المذكور كان سائدا لسويسرا
نجل ادخال طريقة السرفندم اليها في دستور عام ١٨٧٤ .
على أن هذا الدستور قال بأنه يحق للمحكمة الاتحادية ان تحكم في اعمال سلطات الكانتونات
عندما تتحدى على حقوق ابناء الوطن السويسري التي تضمنها الدستور الاتحادي أو دستايسر
الكانتونات ولو استندت في اتيانها بهذه الاعمال الى قانون احدي الكانتونات الذي اقترح
له الشعب . فإذا أمكن المقاضاة في شأنها لعدم دستورتها فذلك لأن سلطات الشعب المقترح
في الكانتون (المقاطعه) مفيدة بالدستور الاتحادي ودستور الكانتون نفسه . ولكن لماذا -
لا يحق للمحكمة الاتحادية أن تنظر في القوانين الاتحادية كما تنظر في غيرها ؟
ومما يكن من أمر فإن الذي درجت عليها سويسرا منذ عام ١٨٧٤ هو النظر في دستورية
القوانين الصادرة عن المجالس التشريعية للكانتونات (وهي الدول المنضمة المكونة للاتحاد -
السويسري)

فترى أن كانت هذه القوانين مذاهبه على دستير الكانتونات أو على دستور الاتحاد • وتتوسع
 المذاهب في تبين الدعوات متى من الأبناب ان كانت القوانين المشكو منها تسيء وتتعارض مع
 الدستور • وأن تقبل المحكمة الوطن بالقوانين السامه من أي مواطن ذلك لأن هذا انما
 يتم لمنفعة الدستور • وإذا حكمت المحكمة بالبناء قانون فإن حكمها يكون شاملا وطاماً تجاه سائر
 الناس •

٤- في رومانيا :

لقد قررت محكمة التمييز في رومانيا منذ عام ١٩١٢ بأن للمحاكم العادية حق فحص دستورية
 القوانين طالما لا يوجد هناك ما يمنعها من ذلك •
 وقد جاء في حكم هذه المحكمة الصادر بتاريخ ١٩١٢/٤/٣ ما يلي :
 ((حيث أنه في حالة التعارض بين القانون والدستور فإن للقاضي الحق في التثبت في دستورية
 القانون • فإذا اضح له مخالفته للدستور وجب عليه تفصيل الموضوع الدستوريه • ولا يمكن القول
 ان القاضي في هذه الحالة قد خرج عن اختصاصه واعتدى على اختصاص السلطة التشريعيه
 بل بالحكم ان القاضي بحمله هذا انما يقوم بوظيفته القانونيه وفي مسرفه أي قانون يجسب
 تطبيقه في النزاع المطروح أمامه)) •

وعندما جاء دستور عام ١٩٢٣ جعل حق تمحيص دستورية القوانين من اختصاص محكمة
 التمييز بهيئتها العامه عن طريق دعوى مستأوه ناجمه عن دفع يدلي به المدعى عليه
 أمام المحكمة الأعلى ويكون حكم هذه المحكمة نسبياً أي مقتصر على الدعوى التي اثبتت مسر
 اجلها قضية دستورية القانون •

٥- في تشيكوسلوفاكيا :

لقد نص دستور ١٩٢٠ على تأليف محكمة دستوريه خاصه للنظر في دستورية القوانين وهذه
 المحكمة مؤلفه من سبعة اعضاء يعين مجلس الشورى (المحكمة الإدارية العليا) عضويها
 وتعين المحكمة العليا عضوين ويعين رئيس الجمهوريه رئيس هذه المحكمة والعضوين الباقين
 وتدار هذه المحكمة في دستورية القوانين عن طريق الدعوى الأعلى وبهذا يكون لقرارها مفعول
 ملحق يطبق على الجميع ويقيد المحاكم بأسرها •

لقد نص دستورهما الصادر عام ١٩٢٠ على إنشاء محكمة عليا دستورية مختصة بالحكم عند تنازع القوانين الإقليمية والقوانين الاتحادية للدستور الاتحادي . والحكم في عدم دستورية قانون ما يحللي الذاء القانون واعتباره كأن لم يكن .

وعندما جاء دستور ١٩٢٩ أنشأ (محكمة العدل الدستورية) وجعل حق اقامة الدعوى بهذا الصدد لحكومة الاتحاد النمساوي ضد حكومة الدول المنضمه أولم هذه ضد الأولى . ولا تنظر في الذاء القانون لمصلحة الأفراد الا اذا جاءها طلب الالغاء عن طريق المحكمة العليا وهي أعلى محكمة عادية في البلاد . وعن طريق محكمة العدل الاداريه فيها اذا كان هذا القانون يتسلق بالنزاع المصروف على احدى هاتين المحكمتين . فهي تتحقق من دستورية القانون تبسـل تطبيقه على النزاع بين الأفراد المتداعيين .



الفصل الخامس

((دستورية القوانين في الجمهورية السورية)) -

تولمـــــــــــــــــه :

ان الموقف الذي اتخذته القضاء السوري يشبه موقف القضاء الفرنسي من حيث الامتناع عن النظر في دستورية القوانين وذلك دون أن يكون في تاريخنا ما يبرر عدم النظر في مراقبته دستورية القوانين عن طريق الدفع . فقبول الدفع بعدم دستورية القانون - كما رأينا - أمر يقتضيه المنطق الحقوقي السليم ، والدفع لا يعني طلب إلغاء القانون بل ترجيح تطبيق الدستور عليه في الفقيه المعرونيه امام المحكمة .

وأذا ائفنا الى الأسباب التاريخية التي تبرر امتناع القضاء الفرنسي عن البحث في دستورية القوانين وجود بعض النصوص في التشريع الفرنسي الصريحه التي تؤكد هذا المنع . وهذا ومع ذلك فإن الفقه الفرنسي الحديث يرى أن للمحاكم الفرنسية الحق في النظر بدستورية القوانين ويفسّر هذه النصوص تفسيراً لا يتعارض مع هذا الحق وكان من الأجرر للقضاء السوري ان يتشبه بشقيقتنا مصر التي لا يفتلنا عنها سوى حدود وهميه . او بالأحرى ان يقتبس بآراء الفقهاء الفرنسيين وأن لا يقلد القضاء الفرنسي الذي له ما يبرره عن احجائه . وهكذا فإن القضاء السوري ظل يقلد زميله الفرنسي على رفض النظر في دستورية القوانين وكانت محكمة التمييز التي تنهج هذا القضاء تشد ازره في موقفه هذا يدلنا على ذلك ما جاء في قرار صادر عن محكمة التمييز السورية برقم ٦٧-٦٨ وتاريخ ١٢/٧/٤٩٣٨ - غير منشور - ملخصه فيما يلي :

تنحصر وظيفة الحاكم في اختيار مدى انطباق اعمال الناس على القوانين النافذة وقرار ما ينطبق عليها منها وانفاذه وأبطال ما لا ينطبق وبي ليست مغوله حق النظر فيما اذا كانت تلك القوانين قد جاءت مخالفة للقيادة الحقوقية اومت وافقه معها لما في ذلك من خطر تسلط احدى قوى الدولة على الأخرى . لهذا لا ترى محكمة التمييز الخوض في هذه الناحيه والدخول في التدقيق ما اذا كان القانون رقم (٥٦) موافقا للأصول التشريعيه او غير ذلك ، بل ترى من واجبها ان تعمل بموجبه وتقيس الحادثات التي تتناولها بمقياسه سواء انتج عن ذلك احترام الحقوق المكتسبه ام لا .

والحقيقة أن القضاء السوري لم يسبق له مد وجد الدستور والقوانين التشريعية في تاريخه

ان استعمل هذا الحق أو امتنع عن تطبيق القانون بسبب الالادستوريه . ويظهر أنه

كان متأثراً بآراء بعض الفقهاء امثال (دوبا سكيه) الذي يقول : بهذا الصدد .

انه اذا كان لمنح القضاء حق الرقابه فضيله ضمان احترام الدستور وأحكامه . فإن مشكل هذا التدخل القضائي قد يدعو الى خطر سلب السلطة التشريعيه (السياسيه) حرية التقدير وضروريته التي لا يستغني عنها في الأمور السياسيه فضلاً عن فتح المجال أمام القضاء من النزعات السياسيه والحزبيه المختلفه للتناحر حتى في التطبيق وهذا الذي دعا الأستاذ (لمبيرت) لتسميته هذه الرقابه في الولايات المتحده حكومه القضاء .

كما أن (ايسمن) كان يقول : انه لتحويل المحاكم الحكم بعدم دستورية القانون يجب أن يبلغ القضاء منزلة من النزاهه والكفاءه والحكمه وحسن التصرف .

وهكذا فإن التقليد الأعمى الذي سار عليه القضاء السوري متبعاً زميله الفرنسي من جهة والتأثير الفقهي السلبي من جهة ثانية قد منعا فناءنا من القيام بأخص خصائص وظيفته . فلم يقبل النظار في التشريع من حيث دستوريته وعليه فلم تطبق هذه النظرية عملياً في بلادنا قبل دستور ١٩٥٠ .

على أن ذلك قاصر على موضوع FOND التشريع لا على شكله بمعنى أن القاضي السوري يستطيع ام يمتنع عن تطبيق قانون أو مرسوم لم يستكمل شروطه التشريعيه المنصوص عليها في الدستور ذلك لأنه لا يسمى تشريعاً إلا اذا توفرت فيه هذه الشروط . فمن حق القاضي ان يمتنع عن تطبيق احكام قانون لم يصد عن رئيس الجمهوريه أو لم ينشر بالجريدة الرسميه كما نص عليه الدستور وهذه هي الرقابه الشكلية للقانون .

كذلك مما لا خلاف فيه أن القاضي . يستطيع أن يمتنع عن تطبيق مرسوم تنظيمي أو تشريع فرعي يخالف ليس فقط من حيث الشكل بل ومن جهه مضمونه ، قانوناً عادياً أو تشريعاً أصلياً وفقاً لقاعدة التدرج في التشريع . وهكذا مثلاً فقد قضى مجلس الشورى بتاريخ ١٨ / ١ / ١٩٥٠ رقم (٢٠) بعدم اعتبار المرسوم أو البلاغ الذي أصدرته الحكومة اثر الانقلاب السوري الأول رقم (٧) تاريخ ٣٠ / ٣ / ١٩٤٩ ، باعتبار الموظفين الذين لا يداون على وظائفهم في اليوم التالي مستقبليين لأنه مخالف لأحكام المادة (٨١) من قانون الموظفين الأساسي رقم (١٣٥) تاريخ ١٠ / ١ / ١٩٤٥ .

وتجدر الإشارة الى أن موقف فنانا في احكامه عن البحث في دستورية القوانين يتعلق

فقط بقوانيننا التي تصدر في الأحوال النيابية العادية ، أما التشريعات الصادرة في عهد الانتداب بين عام ١٩٢٠ و عام ١٩٤٣ بشكل قرارات تشريعية من المفوض السامي الفرنسي لها قوة القانون أو بشكل مراسيم تشريعية عن الحكومات التي كانت تعين بإرادة المفوض السامي قبل الدستور أو بعد تعطيل الدستور فإن اللعن فيها لا يرد باسم الدستورية أو عدمها وإنما يكون الطعن في وجودها الحقوقي في أصله ، وهي في نظرنا ، ومن الوجهة الحقوقية الصرفة ، لا وجود لها وكأنها لم تكن ، ومع ذلك كان القضاء السوري وما يزال يطبقها لأن السلطة التي أصدرتها كانت تصدر من ورائها وتعيين على كل شيء في الدولة فاستمدت وجودها من الواقع لا من أصول الحقوق .

أما المراسيم التشريعية التي صدرت في العهد النيابية بتكليف من السلطة التشريعية للسلسلة التنفيذية فأمرنا كأمر القانون . وأما تلك التي صدرت منذ الانقلاب الأول في ٣٠ / ٣ / ١٩٤٦ فكذلك لا يرد البحث فيها على ضوء دستورتها أو عدم دستورتها لأنها بطبيعتها إنما تصدر والدستور مصطل ولا يعمل بالتنظيم السياسي الحقوقي الذي أتى به .

ولهذا تستمد هذه المراسيم التشريعية قوتها من الواقع لا من الحقوق ، وهي تبقى بين الحكومات الفعلية التي جاءت بها فإذا ذهبت كان الخيار للحاكمين الآتين في الغائبة أو تعديلها أو تثبيتها . وقد تبين ذلك بوجه خاص اثر الانقلاب الثاني الذي وقع في ١٤ آب عام ١٩٤٩ فقد عدلت مراسيمه التشريعية وألغت كثيرا من المراسيم التشريعية التي صدرت في عهد الانقلاب الأول وظلت المراسيم التشريعية الأخرى نافذة بطبيعتها .

دستورية القوانين في ظل دستور ١٩٥٠ :

قلنا بأن القضاء السوري قد أحجم عن القيام بأخص خصائص وظيفته في البحث عن القانون الواجب التطبيق وتطبيق الأسمى . وقد أدى هذا الأحجام إلى فقدان هذا الاختصاص منه كما حدث في فرنسا . وتأيد هذا الفقدان بدستور عام ١٩٥٠ الذي حاول أن يوجد حلا وسطا لهذه القضية الشائكة . فأحدث في المادة (١١٦) وما يليها . هيئة قضائية خاصة بمحاكمة القضاة العليا . وتوكلت المحكمة العليا . وهي محكمة دستورية . من سبعة أعضاء ينتخبهم مجلس النواب من قائمة تحوي أربعة عشر اسما . وينتقي هذه القائمة رئيس الجمهورية ممن توافق فيهم المؤهلات الكافية للقيام بعبء هذا المنصب على أن يكونوا من حملة الشهادات العالية وأتموا الأربعين من عمرهم ، ويجرى الانتخاب في جلسة خاصة وبقائمة واحدة تتضمن سبعة أسماء وذلك خلال عشرة أيام منذ وصول القائمة إلى مجلس النواب .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

ويقوز بالانتخاب من حاز اصوات الاكثرية المطلقة من مجموع اعضاء المجلس ، فان لم تحصل هذه الاكثرية يعاد الانتخاب ويكتفي بأكثرية الحاضرين . وأن لم تحصل كذلك يعاد الانتخاب ويكتفي حينئذ بالأكثرية النسبية ، وتنتخب المحكمة العليا بأكثرية اعضائها المطلقة رئيسا من اعضائها لخمس سنوات . ويبقى عضو المحكمة العليا في منتهى خمس سنوات ويجوز تجديد انتخابه ولا يقبل العضو عنها الا بقرار يوافق عليه اربعة فأكثر من اعضائها . وعندما يشتر منصوص على عضو لسبب ما ينتخب مجلس النواب خلفا له من قائمة تتضمن ثلاثة اضعاف العدد الشاغر ينتخبها رئيس الجمهورية .

وقد اعطى الدستور هذه المحكمة صلاحيات مختلفة من بينها (وتبت فيها بصورة مبرمه)

١ - دستورية القوانين المحالة اليها وفقا للماده (٦٣) من الدستور .

وأذا رجعنا الى الماده (٦٣) فيما يتعلق بدستورية القوانين - موضوع بحثنا نجد ما تقول :

اذا اقررت ريع اعضاء مجلس النواب على دستورية قانون قبل اصداره او ارسله رئيس الجمهورية الى المحكمة العليا بحجة مخالفته للدستور يوقف نشره الى أن تصدر المحكمة العليا قرارها فيه خلال عشرة ايام . وإذا كان للقانون صفة الاستعجال وجب على المحكمة العليا أن تبت فيه خلال ثلاثة ايام .

وأذا قررت المحكمة العليا ان القانون مخالف للدستور اعيد الى مجلس النواب لتصحيح

المخالفة الدستورية . وإذا لم تصدر المحكمة العليا قرارها خلال المده المحدوده وجب على رئيس الجمهورية اصدار القانون وهكذا يتضح لنا أن الدستور السوري لعام ١٩٥٠ قد أخذ بحل وسط أو بالأحرى بحل جزئي محدود . وبطريقة يولف فيها ما أمكن من استقلال السلطة التشريعية . وسلطان السلطة القضائية . وذلك بأن لايسمح لهذه الأخير بالنظر في دستورية قانون قد صدر ونشر على الأصول . وسلطتها مقيدة في ذلك بعد اقرار القانون من المجلس ولكن في كل حال قبل اصداره أي قبل نشره من رئيس الجمهورية هذا من جهة ومن جهة أخرى فإن طلب الأتخاء محصور فقط في اعضاء المجلس او رئيس الجمهورية دون سائر الناس .

وعليه فإن القواعد التي عليها الدستور للسلطة التشريعية لا رقيب عليها سوى ضمير اعضاء هذه السلطة ورئيس الجمهورية ومسؤوليتهم الاذنيه امام الأمم .

وبناء على ذلك فمتى أصدر رئيس الجمهورية قانونا بنشره في الجريدة الرسمية لا يبقى ثمة مجال لبحث دستورية هذا القانون أو عدمه لامن المحكمة العليا ولا من سواها . لأن نص المادة (٦٣) بتحديد الاعتراض على دستورية قانون ما قبل اصداره يفيد ضمنا ان مثل هذا الاعتراض لايسمح به بعد ذلك ولايجوز بحثه .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

دستورية القوانين في ظل دستور ١٩٥٣ :

ان دستور ١٩٥٣ لا يختلف عن دستور ١٩٥٠ من حيث ابناء سلطة التمحيص في دستورية القوانين من اختصاص المحكمة العليا التي افرد لها الدستور الجديد المادة (١١٣) وما بعد ذلك وتولف المحكمة العليا الجديدة من سبعة اعضاء يسمى احدهم رئيسا ويعينهم رئيس الجمهورية بناء على موافقة مجلس النواب . ويشترط في العضو ان يكون متمتعا بشروط المرشح للنيابسة وحاملا اجازة الحقوق من الجامعة السورية او ما يعادلها ومتمما الاربعين من عمره . كما يجب ان يكون قد مارس القضاء والمحاماة والتدريس الجامعي أو أحد هذه الاعمال مدة لا تقل عن عشر سنوات ويبقى العضو في منصبه خمس سنوات ويجوز تجديده تسميته .

وانما شغل منصب عضو من الاعضاء لسبب ما خارج اوقات اجتماع مجلس النواب جاز لرئيس الجمهورية ان يسمي خذفاله . بموافقة اللجنة الدائمة للمجلس .

ويقدم العضو استقالته من منصبه الى رئيس الجمهورية وتعتبر نافذة فورا . وتبلغ الى مجلس النواب ولا يفصل العضو عن منصبه الا بناء على قرار توافق عليه اكثرية اعضاء المظلمة ويبلغ الى رئيس الجمهورية ومجلس النواب .

وقد اعطى الدستور هذه المحكمة صلاحيات مختلفة من بينها (وثبت بصورة مبرمه)

دستورية القوانين المحالة اليها وفقا للمادة (٧٥)

وانا عدنا الى المادة (٧٥) فيما يتعلق بدستورية القوانين - موضوع بحثنا - نجدها تفصيليا اذا اعترض ربع اعضاء مجلس النواب او ربع اعضاء لجنته الدائمة (واللجنة الدائمة تتألف من ربع اعضاء المجلس على الاقل برئاسة رئيس المجلس وتنتخب قبل نهاية كل دوره عادية وتعتد ميمتدا حتى بداية الدورة العادية التالية) على الاقل على دستورية قانون قبل نشره أو إرساله رئيس الجمهورية الى المحكمة العليا بحجة مخالفته للدستور يوقف نشره الى أن تصدر المحكمة العليا قرارا بشأنه .

وانا قررت المحكمة العليا أن القانون مخالف للدستور اعيد الى مجلس النواب او الى لجنته الدائمة لتصحح مخالفه الدستورية .

وانا لم تصدر المحكمة العليا قرارها بشأن القانون خلال عشرة ايام عمل او خلال خمسة ايام عمل اذا كانت له صفة الاستعجال وجب على رئيس الجمهورية اصدار القانون .

وأذا رأيت المحكمة العليا أن القانون دستوري ، اعتبر صادرا منذ تاريخ انتهاء المهل -
الدستوريه لإصداره .

وأذا لم يصدر رئيس الجمهورية القانون في مدته الدستورية أولم يحدده الي المجلس أو لم

يرسله الي المحكمة العليا خلال المدة ذاتها ، نشره رئيس مجلس النواب وأصبح نافذا .

وهكذا نرى أن دستور ١٩٥٣ قد جاء على غرار دستور ١٩٥٠ في أحداث المحكمة العليا

الدستورية فالمحكمة العليا القديمة هي نفسها المحكمة العليا الجديدة . واختصاصات الأول

لا تختلف عن الثانية فمثلا بعد أن كان أعضاء المحكمة العليا ينتخبون من قبل مجلس النواب من

قائمة بضمف الأعضاء يعدها رئيس الجمهورية ، أصبحوا يحدون توا من قبل رئيس الجمهورية

بموافقة المجلس النيابي كما أن ثمة اختلاف بين الشروط الواجب توافرها في عضوية المحكمة العليا

بين الدستورين القديم والحديث . وكذلك من حيث مراسم استقالة العضو أو فصله أو شغور منصبه

على أن الشيء الأساسي الذي نلاحظه - والذي يهمنا - هو أن الدستور الجديد قد ابقى

حق الاعتراض على دستورية القوانين محصورا بمجلس النواب وبشخص رئيس الجمهورية .

وهكذا نرى أن الدستور الجديد لم يحدث تغيرا أساسيا البتة في هذا الصدد . وكل

ما جاء به هو أنه عدل بعض التفاصيل .

ونحن نرى بعد أن استطلعنا نظرية دستورية القوانين فقها وقضاة لدى عدد من دول العالم

لا يسمحنا إلا أن نقول ان النظام في بحث دستورية القوانين في بلادنا هو نظام متقدم مما

يجعله غير صالح ولا ملائم لدولتنا الناشئة التي يجب ان تسيطر الدول المتقدمة وأن تسمو

وتتقدم في جميع الميادين عن شقيقاتها العربية بل والأسبويه أيضا . طالما أنها سبقتها في

الحرية وعوز الاستقلال . وذلك لتكون قدوة حسنة ومثالا يحتذى حتى تسير بركب الحضارة -

العربية الي مصراع الوحدة العربية الشاملة .

مراجعة دستورية القوانين في بلادنا كما هي وكما يجب أن تكون :

ان الدستور السوري لعام ١٩٥٣ قد ايد ما جاء به دستور ١٩٥٠ ان حق الاعتراض على

دستورية القانون محصور بالمجلس النيابي وبشخص رئيس الجمهورية .

أما من جهة المجلس النيابي فقد نص دستور ١٩٥٣ على أنه اذا اقرت ريع أعضاء مجلس

النواب اربع أعضاء لجنة الدائمة على الأقل على دستورية قانون قبل نشره بجمعية مخالفة

للدستور . يوقف نشره الي أن تصدر المحكمة العليا قرارها بشأنه .

وهذا كما يبدو أن المجلس النيابي هو الخصم والحكم . وهو الذي يقر قانونا ثم يعود فيطعن بدستوريته عن طريق المحكمة العليا . وهذا في الحقيقة غير عملي ولا وائسي . ذلك لأن -
المجلس النيابي قد يتعمد عن الاعتراض في دستورية قانون تحت تأثير سياسة الاكثريه فالاكثريه
في المجلس التي يتمتع بها عادة حزب او هيئه معينه هي التي تقر القانون وهي التي تعترض
على دستوريته اذا تراءى لها ذلك . ولا يعقل أن تعترض اليوم على ما كانت قد اقرته بالبارح
كما أن هذه الاكثريه قد تتصامم عن سماع الاقلية التي قد لا تتجاوز الربع وهو النصاب اللازم -
للاعتراض بالرض من عدم دستورية القانون الصارخة . وبذلك يصدر القانون جائزا غير مستوفى
لشروط القانون الدستوري .

وأذا قيل بان رئيس الجمهورية ، وهو حارس الدستور . وذلك الشخص الذي وضعت فيه الامه
ثقتنا . وسلمته زمام امرها ليس له أن يستغل هذه السلطة وهذه الثقة في مآرب شخصيه
او يوتج الدوله في مشاكل وورطات يقوم بها باسم الوظيفه . وخاصه وان هذا الشخص لم يستلم
زمام الحكم بصوره ارضيه وانما كان امثلا للوظيفه التي عهد بها الشعب اليه . ولو لم يكن جديرا
بها ومفروضا منه أن يقوم بها على احسن ما يرام لما انتخب من قبل الشعب الذي يمثل الارادة
القويه او من قبل النواب الذين لا يمثلون في الحقيقة الا ارادة الشعب .
انه اذا قيل لنا ذلك فيكفينا أن نرد بأن عدم مسؤوليته معروفه وأنه ليس من المطلق أن -
ندعه يقوم بها يوافقه مزاجه وأن يتصرف بمصير الشعب فيخرق الدستور بشكل فاضح فادح وذلك
بتساوئه أو تهامله في الاعتراض على دستورية قانون قد يأتي على ذلك الحريات العامه وانتهاك
حرمة الدستور المقدسه .

وأنه من العدل ان يقوم الافراد بهذا الاعتراض عن طريق الدافع الفرعي بعدم دستورية القانون
لان الفرد الذي يمهالج نفسه من غيره ، فيطعن بدستورية القانون كلما تعترض لتهديد أحد -
القوانين وبذلك يمان الدستور تحت ستار منفعه الافراد الشخصيه هذا من جهة ومن جهة
اخرى ان الفرد يميز بشعوره شرعية اعمال المشرع ، ولا شك بأن لشعور الافراد عمدي عميقا يتأثر
به المشرع في تصرفاته وفي القواعد التي يسيير بمقتضاها .
وهكذا نرى نظامنا الحاضر أنه لم يعد فيه ثمة رقيب لمراعاة السلطة التشريعيه للحدود المقرره
في الدستور الا ضمير اعضاء هذه السلطة وضمير رئيس الجمهوريه ومسؤوليته امام الشعب .

وإذا ما يتنافى مع الحكومة الشرعية ويدينها بالصبغة الاستبدادية وسواء في ذلك كانت
 السيادة ملكية أو أرستقراطية أو ديمقراطية . بل أن أشد أنواع الاستبداد هو الاستبداد
 الذي يلبس ثوبا ديمقراطيا لأنه - على حد قول الدكتور عثمان خليل عثمان - استبداد محسول
 فضلا عن أن تبسته تكون موزعة على رؤوس عديده فيتداعى اثرها وينهار مفولها .
 ولا يفرجنا عن هذا الوصف وجود هيئة قضائية خاصة - كالمحكمة العليا - تبحث في دستورية
 القوانين طالما أن هذا البحث مفيد بشروط يجب توافرها لتخول المحكمة حق النظر في
 دستورية القانون . وذلك كتوفر النصاب المعين من النواب - وهو الريح - للأغتراف على
 دستورية القانون . وكذلك كاشتراط النظر في دستورية القانون حين اقراره وقبل نشره .
 فإذا تم صدور القانون أصبح في حيزه حصين وعز أمين ولا شك مطلقا في دستوريته من حيث
 كانت الالاستورية ظاهرة فيه بشكل فاضح فادح . وليس بعد ذلك للنواب ولا لرئيس
 الجمهورية أن يطعن بدستوريته .

ولاشك في ان الدستور السوري حينما أحدث المحكمة العليا قد كان متأثرا بما تعانيه
 الولايات المتحدة الأمريكية من حكومة القضاء GOUVERNEMENT. DES Juges التي لم تعمل
 كهيئة قضائية تلتزم قواعد الحقوق . بل كهيئة سياسية او كهيئة تشريعية ثلثة اتخذت لنفسها
 حق إعادة النظر في التشرييع الصادره وأستخدمت حق النقذر في القوانين التي لا تثق وبفاهيمها
 ولذلك جعل الدستور السوري حق النقذر في دستورية القوانين من اختصاص هيئة قضائية
 خاصة - هي المحكمة العليا - ليرى سائر المحاكم العادية . ومن البديهي أن حصر هذه
 المهمة بيد قبضة من الرجال عرفوا بنزاهتهم وحكمتهم وحسن تصرفهم وانسحبوا بعقد المحكمة
 العليا ايسر من الاقل خطرا من اتمام القضاء كلمهم في مطاحنات حزبية ومشاحنات سياسية
 يجدر بهم ان يترفعوا عنها ويصونوا انفسهم منها .

ونحن ان نقرأ الدستور السوري على ما ذهب اليه من جعل النظر في دستورية القوانين من
 اختصاص هيئة قضائية خاصة هي المحكمة العليا . وذلك لأن القضاء في العصر الحاضر اصبح
 اختصاصيا .

فبعد أن كان القضاء في القديم من اختصاص محكمة واحدة تنظر في سائر القضايا المدنية
 والجزائية والشرعية اصبح اليوم لكل نوع من هذه الدعاوى محكمة خاصة فبناك محاكم مدنية

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

وأخرى جزائية وثالثة شرعية . الخ ولا غلو في ذلك إذا جعلنا أمر النازح في دستورية القوانين من اختصاص محكمة دستورية خاصة . هي المحكمة العليا .

وكذلك أن نقر الدستور السوري في مخالفته لاشتراط الشروط الدستورية المحكمة العليا . ذلك لأن هذا المنصب الخطير يتطلب اشخاصا تفضلعوا في أمور القضاء وفيما دقائق التشريع . واتسبوا من الزمن حنكة ودراية وكفاية مما يجعلهم جديرين بممارسته هذه المهمة الخطيرة . وحتى تكون الأمة واثقة بمقدرتهم وخبرتهم فيتموؤوا بأعين الشعب منزلة رفيعة واحتراما كبيرا ويكونوا المحصن الحافظ للحقوق والسياس الزائد عن الحريات .

نقول : نحن إذ نقر كل ذلك إلا أننا لانرى مبررا لما ابدعه الدستور - (وهو بذلك على غرار دستور كولومبيا لعام ١٨٨٦ وبناما لعام ١٩٠٤ والأيكواتور عام ١٩٢٩ وايران عام ١٩٣٧) من حصر حق الاعتراض على دستورية القوانين في ريع أعضاء المجلس النيابي أو هيئته الدائمة اوفي شخص رئيس الدولة . وذلك للأسباب المتقدمه الذكر .

وبودنا لو أن الدستور السوري قد جعل حق الاعتراض هذا لكل فرد من افراد الأمة - - - - - وذلك بأن يكون الحق لكل فرد أن يطعن بدستورية القانون . عن طريق الدافع الفرعي في صرحه دعواه أمام أي محكمة عادية وفي أي وقت . وليتخذ المحكمة أن تحيل هذا الدافع إلى المحكمة المختصة وهي المحكمة العليا لتتظر بدستورية القانون ، وتبقي القضية لدى المحكمة العادية قضية مستأجرة حتى تبت المحكمة العليا بأمر الدافع ويكون حكم هذه المحكمة تسببا أي مقتصرًا على الدعوى التي أثبتت من اجلها دستورية القانون فقط .

وهكذا لا يجهر القاضي العادي على تطبيق قانون يفتنح تماما بعدم دستوريته . وبذلك يحافظ على استقلاله تجاه السلطة التشريعية . حيث أنه يستحيل على السلطة القضائية ان تحافظ على استقلالها إلا اذا اقتنعت بأن القانون الذي ستطبقه هو قانون صحيح ومستوف لشروط القانون الدستوري . ويكون شأن هذا القاضي في ذلك كشأن القاضي الذي يستعين بخبراء اختصاصيين - هم القضاة العاملون - لتقرير حقيقة خارجة عن اختصاصه الفني . وعمومي الحقيقة يقوم بدور الوسيط بين الأثران والمحكمة العليا لتقرير دستورية قانون ما . فهو إذ ان لا يتصدى لطلب

فحص دستورى قانون من تلقاء نفسه بل بناء على دفع فرعي يثيره أحد الخصوم في نزاع مطروح أمامه .

والمحكمة العليا التي نقتربها حينما تحكم حكماً النسبي على عدم دستورية قانون ما لا تحكم ببطلان القانون بل يكتفي بالامتناع عن تطبيقه في الدعوى التي اثير من اجلها فحص دستورية القانون . على أن هذا الامتناع عن تطبيق القانون بحجة عدم دستوريته لا يفيد المحاكم الاخرى العادية بل ولا يفيد نفس هذه المحكمة بقضية مماثلة . فليس لأية محكمة عادية ان تحكم بعدم دستورية قانون ما ما لم يكن ذلك مثاراً من قبل أحد الخصوم . وعادراً من قبل المحكمة العليا صاحبة الاختصاص وفي نفس القضية فقط دون غيرها .

على أن امتناع المحكمة العليا المتواتر في تقرير عدم دستورية قانون ما قد يشل فعالية ويفقده قيمته القانونية العملية . ويصبح في وسع أى كان أن يطعن بدستوريته كلما تصرخ لتهديده ولا يبقى له من اثر قانوني سوى انه حبر على ورق . وينتهي الى منقول الأثناء من حيث النتيجة على أنه من البديهي ان الغاء القانون بهذا الشكل غير من قيامه لا يتمتع باعتبار دستوري .

هذا ومهما يكن من أمر فإن لهذه الطريقة التي نقتربها لتعديل صلاحية المحكمة العليا والتي تشبه صلاحية محكمة التمييز - لحد ما - من حيث أن هذه تنوع القضاء السادي وتلك تنوع القضاء الدستوري .

ان لهذه الطريقة فضلها العظيم وفوائدها الجديدة من حيث اجبارها البرلمان على احترام الدستور من جهة ورعاية حقوق الأفراد والجماعات والنزود عن حرياتهم من جهة اخرى .

تمت بحمده تعالى

.....

.....

الباب الأول : البحث التاريخي لدستورية القوانين

الفصل الأول : تعريف القانون العام

- ١- بيان حقوق الإنسان والمواطنة
- ٢- الدساتير أو القوانين الدستورية
- ٣- القوانين العادية
- ٤- المعاهدات والاتفاقات الدولية

الفصل الثاني : تعريف الدستور وتحديده

تسمية الدستور

نشأة الدساتير الطرق الثلاثة لنشأتها

- ١- الدساتير المكتوبة وغير المكتوبة
- ٢- الدساتير المرنة والصلبة
- ٣- مزايا وعيوب كل نوع من هذه الأنواع

الفصل الثالث : سيادة الدستور وقدسيته

- ١- سيادة الدستور مبدأ ديمقراطي محذور
- ٢- سيادة الدستور فكرة غامضة يالد يقرها عليها النظم
- ٣- مميزات القوانين الدستورية

آثار تفوق الدستور وسيادته

مقارنه بين الدستور والقانون

نتائج التفرقة بين القوانين الدستورية والقوانين العادية

- ١- ثبات القوانين الدستورية
- ٢- لا يفسخ القانون الدستوري الا بمثله
- ٣- دستورية القوانين

كيفية دستورية القوانين

مراقبة دستورية القوانين

آليات مراقبة دستورية القوانين :

- ١- المراقبة السياسية
- ٢- المراقبة القضائية

(أ) حجج عدم بحث القضاء لدستورية القوانين (ب) حجج عدم

- ١- المراقبة بطريقة الدعوى الانتخابية
- ٢- المراقبة بطريقة الانتخاب

(ب) الآليات الأخرى في مراقبة دستورية القوانين :

- ١- فقدان المراقبة بعد صدور القانون
- ٢- مراقبة دستورية القوانين قبل إصدارها

الباب الثاني : الفوائج المحلية لدستورية القوانين
الفصل الأول : دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية

توطئة للبحث

نشأة مبدأ رقابة المحاكم لدستورية القوانين وتأورها
أصول الطعن بدستورية القوانين أمام المحاكم الأمريكية
نقد رقابة السلطة القضائية على دستورية القوانين في الولايات المتحدة

الفصل الثاني : دستورية القوانين في الجمهورية الفرنسية

توطئة للبحث

دستورية القوانين في فرنسا بين التشريع والفقهاء والقضاة

أصول الطعن بدستورية القوانين في فرنسا

الفصل الثالث : دستورية القوانين في الجمهورية المصرية

توطئة للبحث

رأى الفقهاء المصريين في مراقبة دستورية القوانين :

١- مبدأ الشرعية

٢- رقابة المحاكم لدستورية القوانين من طابع

عمل القاضي

٣- حق القضاء في مراقبته ضروري لتأمين فصل

رأى القضاة المصريين في مراقبة دستورية القوانين
لمنحه سرية في دستورية القوانين عند تعدد الدول

الفصل الرابع :

١- في أنكلترا

٢- في الجبراق

٣- في سويسرا

٤- في رومانيا

٥- في تشيكوسلوفاكيا

٦- في النمسا

الفصل الخامس : دستورية القوانين في الجمهورية السورية

توطئة للبحث

دستورية القوانين في ظل دستور ١٩٥٠

دستورية القوانين في ظل دستور ١٩٥٣

دستورية القوانين في سوريا كما هي وكما يجب أن تكون

موافق للطبع ٢٧٧ / ٤ / ١٥

الأستاذ

الدكتور فؤاد شهبان